

FUNDACION ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

**SEGUNDAS JORNADAS INTERNACIONALES
DE DERECHO ADMINISTRATIVO
ALLAN RANDOLPH BREWER-CARIAS**

**LAS FORMAS DE LA
ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA**

CARACAS 1996

FUNDACION ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

PRESIDENTE:

Belén Ramirez Landaeta

VICE-PRESIDENTE:

Gustavo Urdaneta Troconis

SECRETARIA:

Norka Moncada Redondo

Caracas - Venezuela 1996

© Copyrigh 1996

ISBN: 980-6373-27-8

EDICIONES FUNEDA

Av. Tamanaco, Edificio Impres, Sotano 3. El Rosal, Caracas - Venezuela

E. Mail: 102213.1620@ Compuserve. com



ALLAN RANDOLPH BREWER-CARIAS

INDICE

LAS FORMAS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Nota Bio-Bibliográfica	7
Allan Randolph Brewer-Carías, <i>La Actividad Administrativa y su Régimen Jurídico. Sentido de la Interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado</i>	19
Louis Favoreu, (Comentarista).....	75
Tomás Hutchinson, <i>La Actividad Administrativa de Policía y las Garantías de los Derechos Constitucionales</i>	95
María Amparo Grau, (Comentarista).....	123
Lubín Aguirre, (Comentarista).....	137
Luciano Parejo Alfonso, <i>La Actividad Administrativa Represiva y el Régimen de las Sanciones Administrativas</i>	145
Hildegard Rondón de Sansó (Comentarista).....	199
Cecilia Sosa Gómez, (Comentarista).....	243
Sebastián Martín Retortillo, <i>La Actividad Administrativa de Fomento y el Régimen de los Subsidios y Subvenciones Administrativas</i>	277
Blanca Lozano, (Comentarista).....	299
Alvaro Tafur, <i>La Actividad Administrativa de Servicio Público</i>	325
Jesús Caballero Ortíz, (Comentarista).....	357
Pierre Bon, <i>El Régimen de las Concesiones Administrativas</i>	367
Rafael Badell Madrid, (Comentarista).....	393
Pedro Paulo de Almeida Dutra, <i>Regime Das Privatizações</i>	435
Raúl Arrieta Cuevas, (Comentarista).....	455
Marco D'Alberti, <i>La Partecipazione Degli Amministrati Alle Attivita' e Alle Funzione Amministrative</i>	485
Gustavo Urdaneta Troconis, (Comentarista).....	517

Peter Strauss, <i>La Actividad Normativa de la Administración</i>	531
Humberto Briceño, (<i>Comentarista</i>).....	569
José Antonio Muci Borjas, (<i>Comentarista</i>).....	589
Juan Carlos Henao Pérez, <i>La Responsabilidad de la Administración</i>	605
Gabriel Ruan, (<i>Comentarista</i>).....	663
Josefina Calcaño de Temeltas, (<i>Comentarista</i>).....	705
Henrique Meier, <i>Las Formas de la Actividad Administrativa y la Teoría de las Potestades de Estado</i>	715

**NOTA BIOBIBLIOGRAFICA SOBRE
ALLAN RANDOLPH BREWER-CARIAS**

BIOGRAFIA ACADEMICA

- 1939 Nace en Caracas, el 13 de noviembre.
- 1960 Investigador adscrito al Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela hasta 1987.
- 1962 Abogado, Universidad Central de Venezuela, Diploma Summa Cum Laude, otorgado por la misma Universidad.
- 1962-63 Estudios de Post-grado (Derecho Administrativo), Universidad de Paris.
- 1963 Profesor de Derecho Administrativo por concurso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, U.C.V. Ha sido Jefe de la Cátedra de Derecho Administrativo y Jefe del Departamento de Derecho Público en la Escuela de Derecho de la misma Facultad. Desde 1984 es Profesor Titular.
- 1964 Doctor en Derecho, Universidad Central de Venezuela.
- 1967 Estudios sobre Aspectos Jurídicos de Integración Latinoamericana, INTAL, Buenos Aires.
Profesor del Seminario de Derecho Público, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas hasta 1979.
- 1968-71 Organizó y dirigió los Cursos de Derecho Comparado en Caracas, de la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado, Estrasburgo. (Caracas)
- 1968-73 Profesor de la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado, Estrasburgo con cursos dictados en Paris (Problemas constitucionales de la integración económica latinoamericana), Madrid (Problemas constitucionales de integración económica latinoamericana) y Beirut (Las empresas públicas en el derecho comparado).
- 1970 Profesor del Curso de Derecho Público en la Escuela de Administración Pública, Caracas.
- 1972-74 Visiting Fellow, Clare Hall y Center of Latin American Studies, Cambridge UK, y miembro de la Facultad de Derecho, Universidad de Cambridge, UK.
- 1973-81 Profesor del Seminario sobre "Reforma Administrativa en América Latina" en el Instituto Internacional de Administración Pública, Paris.

- 1974 Profesor Honorario de la Universidad del Rosario, Bogotá Colombia.
- 1976 Profesor de Fundamentos de la Administración Pública hasta 1980, Escuela de Estudios Políticos y Administrativos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Ha sido Jefe de la Cátedra de Fundamentos de la Administración Pública y Jefe del Departamento de Administración Pública en la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos de la misma Facultad.
- 1977 Profesor Honorario de la Universidad de Mendoza, Argentina. Distinción, con su nombre, de la Promoción de Abogados, Universidad Central de Venezuela.
Orden José María Vargas, Universidad Central de Venezuela.
- 1979 Director del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela hasta 1987.
- 1980 Distinción con su nombre de la Promoción de Licenciados en Ciencias Políticas, Mención Administración Pública.
- 1981 Premio Nacional de Ciencias, otorgado por el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas.
- 1981-84 Fue coordinador fundador de los Cursos de Especialización en Derecho Administrativo, cursos de Post-Grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela.
Profesor de la materia Derecho Administrativo Profundizado en dichos cursos de Post-Grado y del Seminario sobre el Contencioso de los actos administrativos.
- 1982-84 Profesor de Derecho Público de la Economía, Instituto de Estudios Superiores de Administración, Caracas.
- 1984 Miembro Honorario del Centro de Estudios Interdisciplinarios de la Universidad Católica del Táchira. San Cristobal.
- 1985-86 Profesor Simón Bolívar de la Cátedra de Estudios Latinoamericanos, Universidad de Cambridge, Fellow del Trinity College y Profesor del Curso sobre "Control Judicial de la constitucionalidad en el Derecho Comparado" en el Curso de postgrado (L.L.M.) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cambridge UK.
- 1986 Doctor Honoris Causa de la Universidad de Granada, España.
Medalla de Honor de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Granada, España.
- 1987 Profesor distinguido de la Universidad Nacional Autónoma de México.

- 1987-89 Profesor de Derecho Administrativo en los Cursos de Doctorado de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas.
- 1989-90 Profesor Asociado en la Universidad de Derecho, Economía y Ciencias Sociales de París (Universidad París 2) donde dictó el curso sobre "Principios del Procedimiento Administrativo" en el curso de postgrado de Derecho Administrativo.
- 1991 Distinción, con su nombre, de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer-Carias de Derecho Administrativo. Universidad Católica Andrés Bello.
- 1992 Profesor del seminario sobre "Justicia Constitucional y Poder Judicial" en el V Curso Internacional de Justicia Constitucional, Universidad de Aix-en-Provence, Francia, Septiembre.
 Doctor Honoris Causa en Derecho de la Universidad Católica del Táchira.
 Distinción con su nombre, de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer-Carias, para el Estudio y la Investigación del Derecho Público, Universidad Católica del Táchira.
- 1993 Miembro Honorario del Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita de la Universidad Externado de Colombia.
- 1994 Orden José María Vargas, Universidad Central de Venezuela.
- 1995 Profesor Honorario de la Universidad Externado de Colombia y de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- 1996 Doctor Honoris Causa. Universidad Carlos III de Madrid.

ACADEMIAS, INTITUTOS Y ASOCIACIONES

NACIONALES E INTERNACIONALES

- 1966 Miembro correspondiente del Instituto Latinoamericano de Ciencias Fiscalizadoras.
- 1971 Vice Presidente del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, Bruselas (1971-1977).
- 1972 Fundador y Secretario Organizador de la Asociación Latinoamericana de Administración Pública y miembro del Directorio desde 1981.
 Organizador y primer Presidente del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo.
 Organizador de la Mesa Redonda del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, Caracas.

- 1975 Presidente de la Asociación Internacional de Derecho y Administración de Aguas hasta 1989.
- 1978 Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (sillón N° 10), electo en 1978, Caracas.
 Secretario General de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración, hasta 1987.
- 1979 Organizador del Congreso Internacional de Derecho y Administración de Aguas, Caracas.
- 1981 Miembro de la Sociedad de Legislación Comparada, París, desde 1981.
 Presidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino, desde 1981.
- 1982 Académico Titular de la Academia Internacional de Derecho Comparado, La Haya.
 Vice Presidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado, La Haya, desde 1982.
 Organizador del IX Congreso Internacional de Derecho Comparado, Caracas.
 Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Comparado, hasta 1985.
- 1985 Miembro del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- 1992 Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina.
- 1996 Miembro correspondiente Extranjero de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

FUNDACIONES

- 1988 Presidente de la Fundación de Derecho Público desde 1988.
- 1990 Presidente de la Fundación de Estudios Federales desde 1990.

FUNCIONES PUBLICAS

Consultor Jurídico Adjunto del Ministerio de Justicia. (1963-1964).
 Contralor Delegado en la Contraloría General de la República. (1964).
 Consultor Jurídico del Consejo Supremo Electoral. (1965-1969).

Presidente de la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República (1969-1972).

Miembro de la Delegación de Venezuela a la Sexta Reunión de la Comisión Mixta de la Declaración de Bogotá Cartagena (1969) y Observador Venezolano a la Primera Reunión de Cancilleres del Grupo Andino, Lima, 1969.

Consejero Científico (ad-honoren), Embajada de Venezuela en Inglaterra (1972-1974).

Conjuez de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (1979) y Conjuez del Tribunal de la Carrera Administrativa (1976-1979).

Senador Suplente por el Distrito Federal (1978-1984), (1984-1989). (Incorporado el 14-07-82 al 10-08-83; 28-02-84 al 02-03-84; 15-12-87 al 16-12-87 y 17-02-88 al 24-02-88).

Magistrado Suplente de la Sala Político - Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (1979-1984).

Miembro Suplente del Consejo Supremo Electoral desde 1979 hasta 1994. (Incorporado el 21-11-83 al 22-11-83).

Ministro de Estado para la Descentralización (1993-1994).

ACTIVIDAD PROFESIONAL

Desde 1965, Abogado Asesor de numerosas instituciones públicas y entre ellas, de la Procuraduría General de la República; Contraloría General de la República; Ministerio de Hacienda; Comisión del Plan Nacional para el aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos; Oficina de Planeamiento Urbano del Distrito Federal; Gobernación del Distrito Federal; Ministerio de Obras Públicas; Consejo Supremo Electoral; Petróleos de Venezuela S.A.; Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas; Instituto Postal Telegráfico; Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables; Congreso de la República.

Corredactor de las más importantes leyes administrativas del país, y entre ellas, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; la Ley Orgánica de la Administración Central; la Ley Orgánica del Sufragio; la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público; la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio; la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; Ley Orgánica de Régimen Municipal; Ley Orgánica de Ordenación Urbanística; Ley Orgánica del Distrito Federal, así como de muchos otros Proyectos de Ley en el campo administrativo, como los de la

Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; la Ley de la Jurisdicción Constitucional; la Ley Orgánica de la Administración Descentralizada; la Ley de Coordinación del Tránsito y Transporte en el Área Metropolitana de Caracas y la Ley de Aguas.

Corredactor de la Constitución del Estado Aragua y del Estado Yaracuy (1979-1980) y de otras Leyes y Constituciones de diversos Estados de la República.

Ejercicio libre de la profesión de Abogado desde 1975 Escritorio Jurídico Baumeister & Brewer, dedicados a materias propias del derecho público, particularmente, del derecho constitucional, administrativo, urbanístico, municipal.

DISTINCIONES PROFESIONALES

Condecoración Orden "Cristóbal Mendoza" en su Primera Clase, Colegio de Abogados del Estado Carabobo 1983.

Condecoración "Arminio Borjas" en su Primera Clase, Federación del Colegio de Abogados de Venezuela 1983.

DISTINCIONES HONORIFICAS

Condecoración Orden de "El Libertador", Gran Cordón (1994).

Condecoración Orden "Andrés Bello", Banda de Honor (1980) en su Primera Clase.

Condecoración Orden "27 de Junio" (1993).

Condecoración Orden "Diego de Losada", Gobernación del Distrito Federal.

Condecoración Orden "Congreso de Angostura", en su Primera Clase, Gobernación del Estado Bolívar (1994).

Condecoración Orden "Samán de Aragua". Única Clase, Gobernación del Estado Aragua (1993).

Condecoración Orden "Santiago de los Caballeros de Mérida", Consejo Municipal del Municipio Libertador, Mérida.

Condecoración "Cruz de las Fuerzas Armadas de Cooperación", en su Segunda Clase.

Condecoración "Medalla Honor al Mérito", Guardia Nacional.

PREMIOS POR PUBLICACIONES

"La más alta mención honorífica que conceden los Reglamentos Universitarios" de la Universidad Central de Venezuela, concedida a la Tesis del Doctorado *Las Instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, según veredicto inscrito en el Libro de Actas de Examen de Tesis de Doctorado, No. 72 de fecha 24-04-64, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela.

Premio Luis Sanojo 1963-1964, concedido por la Fundación Rojas Astudillo, Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal a la obra *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisdicción Venezolana*.

Primer Premio en el Concurso Abierto por la Contraloría General de la República de Venezuela en América Latina, en 1968, para estudios sobre Control Fiscal, otorgado al estudio *El control de las actividades económicas del Estado en el Derecho Venezolano*. (1968).

Premio Anual a la Investigación de la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela (1974-1975), y Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales correspondiente al año 1976, otorgado al libro *Cambio Político y Reforma de Estado en Venezuela*.

Mención de Honor en el Premio XX Aniversario del Ministerio de Justicia, otorgado al libro *Derecho Administrativo, Tomo I*. (1979).

PUBLICACIONES

LIBROS

- 1964 *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, galardonado con el Premio "Luis Sanojo 1963-1964".
- 1965 *El Régimen Jurídico Administrativo de la Nacionalidad y Ciudadanía Venezolana*.
Estudio sobre la delimitación de competencias entre el Poder Nacional y el Poder Municipal en materia de Tránsito y Transporte Terrestre.
- 1966 *La Expropiación por causa de Utilidad Pública o Interés Social*.
- 1967 *Las Empresas Públicas en el Derecho Comparado*.
- 1968 *El Régimen de Gobierno Municipal en el Distrito Federal Venezolano*.
Les Entreprises Publiques en Droit Comparé (París).
Los Problemas Constitucionales de la Integración Económica Latinoamericana.

- 1969 *El Control de las Actividades Económicas del Estado en Derecho Venezolano*, galardonado con el Primer Premio en el Concurso promovido por el Instituto Latinoamericano de Entidades Fiscalizadoras.
- 1970 *El Estatuto del Funcionario Público en la Ley de la Carrera Administrativa*.
- 1971 *Aspectos Institucionales del Transporte y Tránsito en el Área Metropolitana de Caracas*
- 1975 *Cambio Político y Reforma del Estado en Venezuela* (Madrid), galardonado con el Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales (1975) y el Premio de la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela (1975).
Derecho Administrativo Tomo I, galardonado con mención Honorífica en el Premio XXV Aniversario del Ministerio de Justicia.
Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930- 1970 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo I.
Un Derecho para el Desarrollo y la Protección de los particulares frente a los Poderes Público y Privado. (Maracaibo)
- 1976 *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930- 1970 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo II; Tomo III, Vol. 1.
Derecho y Administración de las Aguas y otros Recursos Naturales Renovables.
Garantías Constitucionales de los Derechos del Hombre.
- 1977 *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930- 1970 y Estudios de Derecho Administrativo* Tomo III, Vol. 2; Tomo IV.
 En colaboración con José Muci Abraham y Oswaldo Padrón Amaré, *Observaciones al Proyecto de Reforma Tributaria 1976.*
El Control de la Constitucionalidad de los Actos Estatales.
 En colaboración con Norma Izquierdo, *Estudios sobre la Regionalización en Venezuela.*
- 1978 *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930- 1970 y Estudios de Derecho Administrativo* Tomo V, Vol. 1 y Vol. 2
Introducción al Estudio de la organización Administrativa Venezolana.
La carga de la Prueba en el Derecho Administrativo.
- 1979 *Política, Estado y Administración Pública.*
Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930- 1970 y Estudios

- de Derecho Administrativo* Tomo VI. Política, Estado y Administración Pública.
- 1980 *El Régimen Jurídico de las Empresas Públicas.*
Estudios sobre la Reforma Administrativa.
Urbanismo y Propiedad Privada.
Fundamentos de la Administración Pública, Tomo I.
Evolución del Régimen Legal de la Economía 1939-1979.
(Valencia)
- 1982 *El Derecho Administrativo y la ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.*
La Defensa de la Constitución.
Instituciones Políticas y Constitucionales. (1ª Edición)
El Estado. Crisis y Reforma.
- 1983 *La Concepción del Estado en la Obra de Andrés Bello*
(Madrid).
La jurisdicción Contencioso-Administrativa en Venezuela.
Estudios de Derecho Público, Tomo I.
Sumario de la Constitución de 1961.
- 1984 *Constitución de 1961, Enmiendas Nº. 1 y 2.*
El Régimen Municipal en Venezuela.
- 1985 En colaboración con Enrique Viloria V., *Sumario de las Nacionalizaciones (Hierro y Petróleo).*
Las Constituciones de Venezuela (Madrid).
El Estado Incomprendido.
Instituciones Políticas y Constitucionales; 2da. Edición, 2 Vols.
Estudios de Derecho Público, Tomo II.
- 1986 *Estudios de Derecho Administrativo (Bogotá).*
En colaboración con Enrique Viloria V., *El Holding Público.*
- 1987 *Estado de Derecho y Control Judicial (Justicia Constitucional, Contencioso administrativo y Amparo en Venezuela)*
(Madrid).
Reflexiones en España.
- 1988 *Problemas del Estado de Partidos.*
- 1989 *Judicial Review in comparative law (Cambridge).*
- 1990 *Los derechos humanos en Venezuela: casi 200 años de historia*
Estudios de Derecho Público Tomo III.

- Principios del Procedimiento Administrativo* (Madrid).
- 1991 *La Constitución y sus Enmiendas.*
Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana.
El caso de las cartas de crédito. Efectos retroactivos y confiscatorios de la unificación cambiaria y el régimen de las subvenciones administrativas.
- 1992 *Les Principes de la Procedure Administrative non Contentieuse* (Paris).
Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno.
- 1993 *Contratos Administrativos.*
 En colaboración con Carlos M. Ayala Corao, *El caso del Monstruo de los Palos Grandes, Estudio Jurídico Urbanístico.*
El amparo a los Derechos y Garantías Constitucionales (una aproximación comparativa).
 En colaboración con Armida Quintana M., León H. Cottin, Gabriel Ruan S. y Carlos Ayala Corao, *El caso del Banco de Venezuela, El Juicio de Amparo contra la Comisión Nacional de Valores, Tomo I.*
Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela.
- 1994 En colaboración con José Guillermo Andueza y Gerardo Fernández *Los derechos del niño Vs. los abusos Parlamentarios de la libertad de expresión.*
El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. Estudio de Derecho Comparado.
Régimen Cambiario, Tomo I.
- 1995 En colaboración con Jorge Vélez García, *Contratación Estatal, Derecho Administrativo y Constitución.* Bogotá.
El Sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela. Bogotá.
 En colaboración con Carlos Ayala Corao: *El derecho a la intimidad y la vida privada y su protección frente a las injerencias abusivas o arbitrarias del Estado.*
- 1996 *Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo I, II, III y IV.*

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

En colaboración con Gregorio Burgueño, *Legislación Venezolana 1978* (1982); 1979 (1982), 1980 (1982), 1981 (1983).

En colaboración con Luis A. Ortiz Alvarez, *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativo, 1961-1996*

Es coautor en las siguientes publicaciones de Leyes, editadas por la Editorial Jurídica Venezolana: *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos* (1982), *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio* (1984), *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales* (1988), *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística* (1988), *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia* (1989), *Ley Orgánica de Régimen Municipal 1989* (1990), *Leyes para la Descentralización Política de la Federación* (1990); *Ley Orgánica del Sufragio* (1993); *Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*. (1996).

INFORMES

En la función pública ha presentado y editado los siguientes Informes Oficiales, *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional*, 2 Tomos, 1972; *Informe sobre la Descentralización en Venezuela 1993*, Memoria de Allan R. Brewer-Carías, Ministro de Estado para la Descentralización, 1994.

ARTICULOS

Ha publicado más de trescientos (300) artículos y estudios en Revistas especializadas y Obras colectivas en español, francés e inglés, en temas de Derecho Público y de Administración Pública.

PUBLICACIONES DIRIGIDAS

Es Director-Fundador de la Revista de Derecho Público (Trimestral), Editorial Jurídica Venezolana, desde 1980.

Fué Director-Fundador del Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Instituto de Derecho Público desde 1971-1987.

**LA INTERAPLICACION DEL DERECHO
PUBLICO Y DEL DERECHO PRIVADO A
LA ADMINISTRACION PUBLICA
Y EL PROCESO DE HUIDA Y
RECUPERACION DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO**

SUMARIO

- I. LA HUIDA DEL REGIMEN GENERAL DE LAS FORMAS CLASICAS DE LA ORGANIZACION ADMINISTRATIVA Y LA REACCION RECUPERADORA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO
- II. LA LABORALIZACION PROGRESIVA DEL REGIMEN DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS, Y EL AFIANZAMIENTO DE SU ESTATUTO
- III. EL AFIANZAMIENTO DE LA APLICACION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA POR OTROS ORGANOS DEL ESTADO DISTINTOS A LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS Y EN EL EJERCICIO, POR ESTAS, DE OTRAS FUNCIONES DEL ESTADO DISTINTAS DE LA ADMINISTRATIVA Y LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO POR LA PENETRACION DEL PODER LEGISLATIVO EN LA FUNCION ADMINISTRATIVA .
- IV. LA PROYECCION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO HACIA ACTUACIONES DE PERSONAS JURIDICAS NO ESTATALES
- V. EL PROBLEMA DE LA "PRIVATIZACION" FACTICA DEL EJERCICIO DE ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS RESERVADAS AL ESTADO COMO HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO
- VI. LA INEXISTENCIA DE ACTOS O CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS EXCLUSIVAMENTE SOMETIDAS AL DERECHO PRIVADO Y LA EXPANSION DE LOS CONCEPTOS DE ACTO Y DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
- VII. LA PENETRACION CRECIENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL CAMPO DEL DERECHO PRIVADO O LA PUBLICIZACION PROGRESIVA DEL DERECHO PRIVADO, PARTICULARMENTE EN LA CONFIGURACION DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA
- VIII. LA EXPANSION DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COMO MECANISMO DE DETENCION ANTE EL PROCESO DE HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO



**LA INTERAPLICACION DEL DERECHO PUBLICO Y DEL
DERECHO PRIVADO A LA ADMINISTRACION PUBLICA Y EL
PROCESO DE HUIDA Y RECUPERACION DEL
DERECHO ADMINISTRATIVO***

**Por Allan R. Brewer-Carías
Profesor de la Universidad Central de Venezuela**

INTRODUCCION

El derecho administrativo puede considerarse, simplemente, como el derecho de la Administración Pública, y en este contexto y convencionalmente, podemos entender por Administración Pública, en *primer lugar*, desde el punto de vista orgánico, el conjunto de sujetos de derecho que personifican al Estado, su organización y los medios para su funcionamiento; y en *segundo lugar*, desde el punto de vista material, el ejercicio de la función administrativa como una de las funciones del Estado y la realización de la actividad administrativa del Estado¹

Esta definición elemental, que describe el objeto del derecho administrativo tal como se ha ido paulatinamente formando durante las centurias de su consolidación, precisa el contenido del derecho que es común y normal a la Administración y que se puede moldear en torno a los siguientes siete bloques de regulación:

En *primer lugar*, el régimen de la Administración Pública como complejo orgánico del Estado al cual está atribuido, en general, el ejercicio del Poder Ejecutivo como rama del Poder Público. En un Estado con forma federal como el nuestro, la Administración Pública tiene necesariamente que identificarse en plural, como las Administraciones Públicas Nacional,

* Ponencia presentada para las *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías"* a celebrarse en Caracas del 12 al 15 de Noviembre de 1996.

1 Véase Allan R. Brewer-Carías, "El concepto del derecho administrativo en Venezuela", *Revista de Administración Pública* Nº 101-102, Vol. I, Madrid, 1993 y en *Revista de Derecho Público* Nº 16, Editorial Jurídica Venezolana 1983, Caracas, pp.5-20

Estadal y Municipal, de acuerdo a la distribución vertical del Poder Público.

El derecho administrativo regula, por tanto, la organización de esas Administraciones Públicas y, en particular, la personificación de las mismas como sujetos de derecho tanto de carácter público-territoriales, conformando la llamada Administración Central; como de carácter no territorial, sea de derecho público o de derecho privado, y que conforman la llamada Administración Pública Descentralizada.

En *segundo lugar*, el derecho administrativo regula el funcionamiento de las Administraciones Públicas, particularmente en lo que concierne a los recursos necesarios para hacerlas actuar. Así, es campo normal del derecho administrativo, el régimen del personal al servicio de las Administraciones Públicas, en particular, el régimen de los funcionarios o empleados públicos; el régimen de los bienes de los sujetos de derecho que personifican las Administraciones Públicas, sean del dominio público o del dominio privado de las mismas; y el régimen de los recursos financieros necesarios para su funcionamiento el cual se ha ido imbricando paulatinamente con el derecho financiero y tributario.

En *tercer lugar*, también es campo propio del derecho administrativo, el régimen del ejercicio de las funciones del Estado por parte de las Administraciones Públicas, es decir, de las funciones normativa, de gobierno, jurisdiccional y administrativa; así como el ejercicio de la función administrativa y de la función normativa de rango sublegal, por otros órganos del Estado distintos de las Administraciones Públicas, y por los particulares y sus organizaciones, a los cuales la ley se las haya atribuido.

En *cuarto lugar*, también es campo propio y normal del derecho administrativo, el régimen de la actividad administrativa que resulta del ejercicio de las funciones estatales, en todas sus formas, en particular, el régimen de la policía administrativa, de los servicios públicos, del fomento y de la ordenación de las actividades particulares consideradas como de interés o utilidad general; y a cuya consideración general se destinan, precisamente, estas Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo.

En *quinto lugar*, es también objeto propio y normal del derecho administrativo, el régimen de la actividad administrativa en cuanto a su materia-



lización en hechos y actos jurídicos, particularmente los actos administrativos y los contratos administrativos, y en cuanto a los procedimientos para su formación y ejecución.

En *sexto lugar*, el derecho administrativo también regula la responsabilidad del Estado, o más precisamente, de las personas jurídicas estatales originada por la actuación de sus órganos, así como la responsabilidad de los funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones.

Por último, en *séptimo lugar*, es también campo propio y normal del derecho administrativo el régimen del control de las Administraciones Públicas, de sus funcionarios y de sus actividades, tanto de carácter administrativo como fiscal, y en particular, el régimen del control contencioso-administrativo para garantizar la tutela judicial efectiva de los administrados y de las propias personas estatales.

El derecho administrativo, como derecho de la Administración Pública es por tanto, el derecho que les es común, peculiar y normal; sin embargo, evidentemente ello no significa ni ha significado jamás que sea un derecho exclusivo y excluyente. No es exclusivo, pues por supuesto, el derecho administrativo es comúnmente aplicable a los particulares al punto de que en muchos casos, es el que preponderantemente se aplica a los individuos desde que nacen hasta que mueren. Y no es excluyente porque el derecho administrativo no es el único derecho aplicable a la Administración Pública. Esta, en todos los campos antes señalados que conforman el objeto del derecho administrativo, también se rige por el derecho privado —el cual por supuesto está en la génesis de tantas instituciones del derecho administrativo²—, unas veces más, otras veces menos, dependiendo de las épocas históricas y de las políticas públicas; y que siempre conforman el derecho supletorio ante la ausencia de principios generales del propio derecho administrativo.

En todo caso, siempre ha habido una interaplicación del derecho administrativo y del derecho privado a la Administración Pública; pero el problema, siempre, ha sido el determinar las fronteras y la intensidad de su respectiva aplicación. En otros términos, el tema tradicional de discusión

2 Véase Sebastián Martín Retortillo Baquer, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Madrid, 1996.

en el derecho administrativo ha sido el establecer cuales son los campos de regulación que sólo pertenecen al derecho administrativo, si es que los hay; y hasta que punto la aplicación del derecho privado a la Administración Pública constituye realmente una huida de esta del derecho administrativo³, que incluso se ha considerado como inconstitucional⁴.

En efecto, no hay que olvidar que el derecho administrativo, como derecho aplicable a la Administración, tiene rango constitucional pues en definitiva el fundamento de todas sus instituciones está en el propio texto constitucional. Por ejemplo en materia de organización administrativa en la Constitución se regulan los principios de la organización central y ministerial (arts. 193, 200 y 202) las administraciones con autonomía funcional (art. 217, 218, 220 y 234); las personas de derecho público territoriales y no territoriales, (art. 124) los institutos autónomos (art. 230) y las empresas del Estado (art. 140, Ord 3º). En materia de funcionarios públicos se prevé expresamente el estatuto de los mismos (art. 122 a 125, 46 y 121). En materia de formas de la actividad administrativa se establecen los principios de la policía administrativa (arts. 46, 17, ord. 5, 30, 134 y 136 ord. 5), de los servicios públicos (arts. 30, 55, 76, 78, 97, 136) y el fomento (arts. 55, 72, 73, 77, 79, 83, 84, 95 y 98), y la ordenación de las actividades particulares (arts. 76, 77, 79, 80, 95, 96, 97, 98). En cuanto a la actividad administrativa se establecen principios sobre los actos administrativos (art. 206, 215, ord. 7) y los contratos de la administración (art. 124, 126, 190, ord. 15); y sobre la responsabilidad administrativa (arts. 46, 119, 192, 196 y 206) y sobre el control fiscal (art.

3 Véase en general, particular y recientemente en la doctrina española, Carmen Chinchilla, Blanca Lozano y Silvia del Saz, *Nuevas perspectivas del derecho administrativo. Tres Estudios*, Madrid 1992.

María Nieves de la Serna Bilbao, *La privatización en España. Fundamentos Constitucionales y Comentarios*, Madrid, 1995, págs. 95 y sigts.

Luciano Parejo Alfonso, *Eficacia y Administración. Tres Estudios*, Madrid 1995.

Santiago González-Varas Ibañez, *El Derecho Administrativo Privado*, Madrid 1996

Silvia del Saz, "La huida del derecho administrativo: Últimas manifestaciones. Aplausos y Críticas", *RAP*, Nº 133, págs. 57 y sigts.

I. Borrajo Iniesta "El intento de huir del derecho administrativo", *REDA*, Nº 78, págs. 233 y sigts.

José Carlos Laguna de Paz, "La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo", *RAP* Nº 136, 1995, págs. 201 y sigts.

4 Véase Silvia del Saz, "Desarrollo y crisis del derecho administrativo. Su reserva constitucional", en Carmen Chinchilla, Blanca Lozano y Silvia del Saz, *Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo*, cit. p. 172 y sigts.



234). En cuanto a la jurisdicción contencioso-administrativa la misma es la única constitucionalizada (art. 206). En esta forma, como consecuencia de la constitucionalización del derecho administrativo, toda regulación que signifique huida del derecho administrativo y que contraría las normas indicadas, sería inconstitucional. Así se ha considerado, por ejemplo, en los casos de exclusión del estatuto de los funcionarios públicos y aplicación de la Ley Orgánica del Trabajo respecto de funcionarios de un instituto autónomo⁵

En todo caso, este tema, en la actualidad, está en el centro de la polémica de nuestra disciplina en todo el mundo, particularmente como consecuencia de los procesos de desregulación, desburocratización y privatización que constituyen el signo del Estado de nuestro tiempo, una vez que el Estado Social ha entrado en crisis en las últimas décadas en todo el mundo occidental.

Nuestra intención, en estas notas, es hacer algunas reflexiones sobre este tema, conforme se ha venido planteando en la doctrina del derecho administrativo y las respuestas diversas que se han venido dando, caso a caso, en el derecho venezolano, en varios aspectos de los siete grandes bloques de regulación antes indicados propios del derecho administrativo.

I.
**LA HUIDA DEL REGIMEN GENERAL DE LAS FORMAS
CLASICAS DE LA ORGANIZACION ADMINISTRATIVA Y LA
REACCION RECUPERADORA DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO**

El primer elemento que debemos retener en la evolución de la organización administrativa, sin duda, es el del abandono progresivo de las formas clásicas de la Administración Pública, por supuesto para huir de su régimen jurídico —el de la Administración Central del Estado— y que como fenómeno mundial condujo, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, a la aparición de las empresas públicas⁶. Antes, por supuesto,

5 Véase el voto salvado de Gustavo Urdaneta T. y Alexis Pinto D. a la sentencia de la CPCA de 31-5-93 (*Caso IPOSTED*), *Revista de Derecho Público*, N° 53-54, 1993, págs. 419.

6 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Empresas Públicas en el Derecho Comparado*, Universidad Central de Venezuela 1967.

surgieron los Institutos Autónomos, cuya razón fue dar más flexibilidad y autonomía a la realización de los cometidos estatales, dotando de personalidad jurídica de derecho público a determinados patrimonios afectados a un fin de utilidad pública, generalmente de carácter económico, industrial o comercial, o de carácter social⁷. Fue la primera forma de ruptura del principio de la unidad del Tesoro que se inició en nuestro país en los años veinte.⁸

El instituto autónomo fue, así, el paradigma de la Administración Descentralizada hasta que el ingreso petrolero llevó al Estado venezolano a intervenir directamente en la economía, sin ningún principio de subsidiaridad que lo limitara, proliferando en nuestro medio empresas del Estado de toda índole y actividad⁹.

Tanto los Institutos Autónomos como las Empresas del Estado han sido figuras organizativas propias del derecho administrativo pero por supuesto, por la forma jurídica adoptada, se hizo presente sobre todo en las últimas, el derecho privado. Si para constituir las se optó por la forma jurídica societaria del derecho mercantil, este comenzó a aplicárseles en toda su integridad, pero por supuesto, sin desplazar al derecho administrativo. La situación, aquí, ha sido de preponderancia en la aplicación del derecho privado para escapar de la rigidez de la organización administrativa clásica, pero paralelamente a ello, el derecho administrativo ha venido penetrando y recuperando su campo de actuación.

Así, en las regulaciones más generales surgió el concepto de sector público, de manera que por ejemplo, para el régimen presupuestario¹⁰, y de crédito público, por más sociedades anónimas de derecho privado que sean, las empresas del Estado fueron abarcadas por dicho régimen quedando precisamente amarradas al sector público,¹¹ es decir, a los entes

7 Véase Jesús Caballero Ortiz, *Los Institutos Autónomos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995.

8 Véase Allan R. Brewer-Carias, "50 años en la Evolución Institucional de Venezuela 1926-1976", en Ramón J. Velásquez y otra, *Venezuela Moderna, Medio Siglo de Historia 1926-1976*, Caracas 1979, págs. 670.

9 Véase Jesús Caballero Ortiz, *Las Empresas Públicas en el Derecho Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982.

10 Art. 1, de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario G.O. Nº 4.718 Ext. del 26-4-94.

11 Art. 2, de la Ley Orgánica de Crédito Público, G.O. Nº 35.007 de 26-10-92.



estatales. Lo mismo sucedió con el concepto de patrimonio público de manera que la descentralización funcional con forma societaria no produjera una huida respecto a los controles y régimen de la gestión, responsabilidad y salvaguarda del patrimonio público. Así, las empresas del Estado, a los efectos de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público¹² y de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República¹³ están todas en el mismo saco igual que la más clásica Administración Central. Por ello, más que una huida del derecho administrativo, en este campo hemos venido presenciando un aseguramiento, más que recuperación, de áreas pérdidas, aún cuando no necesariamente para bien en cuanto a la flexibilidad que exigen algunas áreas de la gestión pública.

Menos conveniente ha sido, por otra parte, el uso de la tradicional figura del Instituto Autónomo para personificar actividades que nada tienen que ver con áreas de carácter económico o social y que constituyen las más clásicas funciones del Estado, como ha sucedido con la atribución, reciente, a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras¹⁴ y al Consejo Supremo Electoral, de personalidad jurídica y patrimonio propio,¹⁵ un auténtico disparate jurídico administrativo.

En todo caso, en cuanto a la forma jurídica de derecho privado de carácter societario atribuida a ciertos entes públicos, no debe dejarse de mencionar al caso del Banco Central de Venezuela, persona de derecho público asociativo con forma de sociedad anónima y que tiene un régimen jurídico mixto como lo ha reafirmado recientemente la Corte Suprema de Justicia.¹⁶ Dicho régimen, por supuesto, es preponderantemente de derecho público ya que se trata del instituto emisor y regulador del crédi-

12 Art. 4 Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público G.O. Nº 3.777 Extra. de 23-12-82.

13 Art. 5 Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, G.O. Nº 5.017 Extra. de 13-12-95.

14 Art. 142 Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, G.O. Nº 4.649 Extra. de 19-11-93.

15 Art. 38 Ley Orgánica del Sufragio, G.O. Nº 4.918 Extra. de 02-06-95.

16 Art. 1 de la Ley del Banco Central de Venezuela, G.O. Nº 3-3-98 Extra. de 21-8-87. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, con toda precisión que "El Banco Central de Venezuela es un establecimiento público asociativo, creado por ley, que forma parte de la Administración Descentralizada, y el cual se encuentra sometido a un régimen jurídico mixto, configurado tanto por normas de derecho público como de derecho privado", Sentencia de 10-11-94, *Caso Seguros Saint Paul de Venezuela S.A. vs BCV*; (Consultada en original Nº 985)

to y de la moneda, al cual por su forma jurídica también se le aplica el derecho mercantil. A pesar de ello, sin embargo, la propia Corte Suprema de Justicia en una desafortunada sentencia de la Sala Político Administrativa de 18-7-1985, en un intento, de expulsión más que de huida del derecho administrativo, llegó a interpretar lo contrario, es decir, que el Instituto emisor era una persona de derecho privado que se regía casi exclusivamente por el derecho privado al punto de considerar que el Decreto Presidencial de nombramiento del propio Presidente del Instituto, que además de emisor es contralor del crédito en general y de la estabilidad monetaria, no era un acto administrativo, sino un simple acto societario y por tanto, no susceptible de control por la jurisdicción contencioso administrativa.¹⁷

En las últimas décadas, y particularmente a partir de 1961 cuando la creación de institutos autónomos, por parte del Poder Ejecutivo se hizo más difícil por la exigencia constitucional de que su creación sólo se podía hacer mediante ley especial en cada caso,¹⁸ comenzó a proliferar el uso de otras formas jurídicas de derecho privado distintas de las societarias, para la gestión descentralizada de actividades públicas, particularmente de orden social y administrativo. Se crearon así, multitud de Asociaciones Civiles del Estado, y de Fundaciones del Estado en cuya constitución, dirección y financiamiento en muchos casos también participaban particulares.

Si bien las mismas no ejercen, en general, Poder Público pues en relación a ellas no se produce una transferencia de potestades por ley; si han abarcado un amplísimo campo de la gestión social del Estado que provocó, sin duda, una huida de las mismas del derecho administrativo. La reacción, en todo caso, no se hizo esperar mucho y no sólo en la descripción legal de los entes que conforman el sector público, y el patrimonio privado, al igual que sucedió con las empresas del Estado, se han ido incorporando a las Asociaciones Civiles y Fundaciones del Estado,¹⁹ sino que incluso han

17 Véase sentencia de 18-7-85, (*Caso Leopoldo Díaz Bruzual*) en *Revista de Derecho Público* Nº 24, 1985, págs. 103-108. Véase los comentarios críticos que hemos formulado a esa sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial*, Madrid 1987, pág. 489 y sigts.

18 Art. 230 de la Constitución.

19 Véase Art. 1 de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, y 2 de la Ley Orgánica de Crédito Público.



sido objeto de una regulación legal especial, —que aún no se ha dictado en relación a las empresas del Estado— dictada mediante Decreto-Ley²⁰, cuyo objetivo fue amarrar definitivamente al sector público dichos entes, mediante el establecimiento de estrictos medios de control, considerándose como parte de los entes estatales no sólo a las fundaciones creadas o dirigidas por estos, o en las cuales hubiesen aportado más del 50% de su patrimonio, sino aquellas de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para el Estado. Frente a la huida o, más precisamente, frente al escurrimiento desenfrenado de entes y actividades del campo del derecho administrativo, se establecieron las compuertas necesarias e incluso, se recuperó lo que se había desparramado.

Por tanto, a pesar de que los entes descentralizados del Estado se hayan creado con formas jurídicas del derecho privado con el objeto de que se sometan a un régimen jurídico más flexible de derecho privado, el derecho público siempre les resulta aplicable cuando una normativa legal integradora regule dichos entes en la misma forma que los de derecho público.²¹

Además, en muchos casos, en el ámbito local, ha sido la Corte Suprema la que ha puesto remedio a la pretendida creación de fundaciones por entes públicos, como personas jurídicas de derecho privado fuera del ámbito del derecho administrativo; y que en realidad son institutos autónomos por la forma de creación por ley y la transferencia a las mismas de ciertas potestades propias del ejercicio del Poder Público. La Corte Suprema, en este sentido, ha señalado que no basta con asignarle a un ente un a “for-

20 Véase Decreto-Ley Nº 677 del 21-06-85, Normas sobre las Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Cívicas del Estado y el Control de los Aportes Públicos a Instituciones Privadas similares (G.O. Nº 3.574 de 21-06-85).

21 En tal sentido, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en sentencia de 6-8-96 (*Caso Consorcio Hidroeléctrico Caroni vs. CVG Edelca*) señaló “Es conocido que cuando el Estado crea administraciones descentralizadas con formas jurídicas privadas, como son las sociedades civiles o mercantiles propiedad del Estado o Empresas del Estado, es con el evidente propósito de someterlas a un régimen jurídico más flexible que el aplicable a las administraciones con formas jurídicas de derecho público. Esto trae como obligada consecuencia que sus actuaciones deben ser consideradas como actos de naturaleza privada, sujetos por tanto al derecho común. Sólo sería aplicable al derecho público cuando una determinada normativa integradora de esa rama jurídica, incluya dentro de su ámbito de aplicación a las organizaciones administrativas con formas jurídicas de derecho privado, las cuales, a los efectos específicos de esa normativa, quedarían en la misma situación que las organizaciones administrativas con formas jurídicas de derecho público” (Consultada en original).

ma jurídica” de derecho privado para que lo sea, por lo que el velo de las mismas debe levantarse cuando la regulación concreta de la entidad y los poderes que se le transfieren, evidencien un ente público institucional.²²

Por último, en la organización administrativa, dada la rigidez que existía en la legislación, hasta mitades de la década de los setenta, para romper el principio de la unidad del Tesoro que sólo se admitía con la creación de Institutos Autónomos, en el Plan de Reforma Administrativa de 1972²³ —cuyos lineamientos generales han guiado todas las transformaciones ocurridas en los últimos cinco lustros— propusimos la creación de la figura de los patrimonios o servicios autónomos sin personalidad jurídica, como un mecanismo para evitar acudir a la forma de la fundación o asociación civil para la gestión más flexible de una actividad pública que permitiera la percepción de ingresos para afectarlos a sus propios gastos, lo cual luego fue establecido en la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario de 1974.²⁴ En esta forma, se frenó el proceso de huida del derecho administrativo en la organización destinada a atender muchas actividades públicas, dotándose la gestión de las mismas de la autonomía necesaria, pero sin dejar de estar integradas a la propia Administración Central del Estado. La proliferación de los servicios autónomos sin personalidad jurídica en los últimos tres lustros —lo que incluso ha sido motivo para su reglamentación general²⁵— sin duda, ha sido un definitivo freno a la posible huida de sectores de la Administración Pública al derecho administrativo, habiéndose previsto, en la regulación de estos servicios, regímenes especiales de la función pública con mayor autonomía de manejo que los propios Institutos Autónomos, sobre todo en materia de contratación de personal.²⁶

22 Véase sentencia CSJ. SFA de 15-7-92 (*Caso Arquímedes Fajardo*).

23 Véase Comisión de Administración Pública, *Informe sobre la Reforma de Administración Pública Nacional*, Caracas 1972, Vol. 1, pág. 362 y sigts.

24 Art. 16, Ordinal 5 de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario.

25 Véase el Reglamento de los servicios autónomos sin personalidad jurídica (Decreto 1921 del 31-10-91, G.O. N° 34.836 del 7-11-91).

26 Véase el artículo 226 del Código Orgánico Tributario en G.O. N° 4.727 Extra. de 27-5-94; el Decreto N° 310 de 10-8-94 de creación del Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria, G.O. N° 35.525 de 16-8-94 y el Decreto N° 364 de 28-9-94 que estableció el Estatuto del Sistema Profesional de Recursos Humanos del SENIAT, G.O. N° 35.558 de 28-9-94.



Una última reflexión sobre el tema de la organización administrativa, en particular, de la Administración descentralizada con forma de sociedad anónima. Dijimos que la proliferación de empresas públicas en nuestro país, más que por motivaciones ideológicas que conformaron una política de intervención activa del Estado en la economía, se produjo por la particular circunstancia de la estructura de la economía venezolana dependiente de la industria petrolera. Somos un país petrolero y como conforme a las regulaciones de las *Ordenanzas de Minería de Nueva España* que el Libertador puso en vigencia en nuestro país desde 1821, el Estado es el dueño del subsuelo —y así lo ha seguido siendo en toda nuestra historia republicana—. Tenemos un Estado Petrolero que ha sido inmensamente rico y poderoso; en global, el único posible inversionista, financista, empleador e industrial. Por ello, el sector público en Venezuela llegó a tener un porcentaje mucho mayor en la economía que el que tenían algunos de los antiguos países socialista, lo cual se acrecentó con la nacionalización, en 1975, de las industrias de gas natural, de la extracción de mineral de hierro y de los hidrocarburos²⁷. Ese Estado y esa economía pública, por la deuda pública incontrolada y el deterioro financiero derivado de la disminución del ingreso petrolero, ha entrado en la misma crisis que afectó a los países del mundo occidental a partir, justamente, del aumento del precio del petróleo en la década de los setenta. Con una motivación contraria, la misma política de privatización que ha sido característica de los países europeos, en las últimas décadas ha resultado indispensable en Venezuela y en ello está empeñado el sector público, aún cuando, lamentablemente, con una conducción irresponsable de parte de los partidos políticos tradicionales que a pesar de toda la crisis que los afecta, siguen sin entender lo que ocurre en Venezuela.

La privatización, en todo caso, es una decisión política adoptada conforme a la Constitución, de ejercicio por parte del Estado de sus derechos de propietario de disponer de sus bienes, para lo cual se dictó la Ley de Privatización que, de nuevo, al definir su ámbito de aplicación incluye expresamente a todo el sector público en el cual se enumeran además de

27 Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural (G.O. Nº 29.594 de 26-8-91); Decreto-Ley Nº 580 de 26-11-74 que reserva al Estado la Industria de Explotación del Hierro (G.O. 30.577 de 16-12-74); y la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos (G.O. Nº 1.769 Extra. de 29-8-75).

la Administración Central, a los institutos autónomos, a las Empresas del Estado en dos niveles y a las Fundaciones y Asociaciones Civiles del Estado²⁸. No hay en el proceso de privatización, en realidad, ninguna huida de la Administración del Derecho Administrativo, sino una devolución al sector privado de actividades que le serían propias mediante una reducción del sector público. Ello, incluso, originará marcos regulatorios que por la realización directa de las actividades por parte del Estado, no se habían dictado para ordenarlas. Por tanto, lejos de debilitar al Estado, la privatización podría fortalecer su función ordenadora descuidada hasta ahora.

Sin embargo, debe advertirse que el proceso de privatización sólo está legalmente destinado a transferir al sector privado actividades económicas productivas e industriales, que el Estado fue asumiendo, por lo que debe denunciarse la privatización fáctica de actividades esenciales del Estado —ajenas al sector privado— que comienza a aparecer como producto de una especie de fiebre privatizadora. Así, por ejemplo, no es posible legalmente que la Administración Pública contrate a auditores particulares la revisión fiscal de los contribuyentes, y que ello sirva de base para la formulación de reparos, como ha venido sucediendo con frecuencia a nivel municipal; y tampoco es posible que se generalice la representación judicial y extra judicial de la República, que corresponde a la Procuraduría General de la República, a través de abogados que no son funcionarios públicos.²⁹ Estos procesos, a lo que tienden, es a convertir a la Administración Tributaria o a la Procuraduría General de la República en agencias de empleo de particulares para el cumplimiento de funciones públicas. Allí si hay una huida de la Administración Pública del derecho administrativo que debe atajarse a tiempo, pues el solo derecho privado es esencialmente inservible al Estado para el ejercicio del Poder Público, pues entre otros aspectos conduce a la realización de actividades administrativas al margen de las garantías jurídicas que el derecho administrativo otorga a los particulares, particularmente para el ejercicio de su derecho a la defensa.

28 Art. 2 Ley de Privatización G.O. N° 4.929 Extra. de 30-6-95.

29 Véase Decreto N° 319 que estableció el Servicio Autónomo de Personería adscrito a la Procuraduría General de la República, G.O. N° 35.534 de 29-8-94



II.
LA LABORALIZACION PROGRESIVA DEL
REGIMEN DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS, Y EL
AFIANZAMIENTO DE SU ESTATUTO

Uno de los elementos medulares del derecho administrativo ha sido el régimen de los funcionarios públicos. En el origen de nuestra disciplina el personal al servicio del Estado estaba regido por sus propias normas y al mismo no le era aplicable el derecho que rige las relaciones de trabajo en el ámbito privado, es decir, el derecho laboral o derecho del trabajo.

La función pública, por tanto, tenía su propio estatuto de personal condicionado por las tareas públicas que tienen asignados los funcionarios públicos y que tienen el deber de cumplir. En esta forma, la relación estatutaria y no contractual, y el acto de nombramiento de los funcionarios era un típico acto administrativo condición, que al producirse, los subsumía en un régimen de personal establecido unilateralmente por el Estado. De la función pública, por tanto, estaban proscritos los contratos colectivos, el derecho a la huelga, el derecho a la sindicalización y el régimen de beneficios o prestaciones sociales establecidos en la Ley del Trabajo. Esta sólo se aplicaba a los obreros al servicio del Estado, es decir, a los trabajadores en los cuales predominaba el trabajo manual³⁰.

Bajo este esquema fue que se sancionó en Venezuela la Ley de Carrera Administrativa de 1970³¹, que constituyó en su momento una revolución, pues se trataba de la primera vez que se regulaba legalmente el régimen de los funcionarios públicos³².

Han pasado más de 25 años desde que impulsamos la sanción de aquél instrumento legal, y debemos aquí recordar que el argumento que en el Congreso se esgrimió para eliminar del proyecto que habíamos elaborado, dos normas que prohibían expresamente la contratación colectiva y la huelga en la función pública, era que ello era evidente, y que, por tanto, su prohibición expresa no era necesaria.³³

30 Art. 6 de la Vieja Ley del Trabajo, G.O. N° 1.736 Extra. de 5-5-75.

31 Ley de Carrera Administrativa G.O. N° 1.745 Extra. de 23-5-75.

32 Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Estatuto de los Funcionarios Públicos y la Ley de Carrera Administrativa*, Caracas 1970

33 Véase Proyecto de Ley sobre Funcionarios Públicos. Comisión de Administración Pública, 1970.

Por supuesto, en 25 años todo cambió. La admisión de la sindicalización de la función pública que habíamos previsto en la Ley, condujo progresivamente, y de hecho, a la admisión de la contratación colectiva mediante las denominadas Actas Convenios, que han venido regulando progresiva e ilegalmente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en diversas áreas cruciales de servicios públicos, como los de carácter social. Luego, tanto la reforma de la Ley Carrera Administrativa de 1975,³⁴ aplicando a los funcionarios públicos el régimen general de prestaciones sociales de la Ley del Trabajo, como la sindicalización desarrollada y la contratación colectiva condujeron, también, de hecho, al uso del recurso a la huelga como mecanismo conflictivo de uso progresivo.

Así, la función pública se ha ido laboralizando inexorablemente pero encontrando dicho proceso, siempre, un límite, que es el artículo 122 de la Constitución que establece con rango constitucional, lo que se configura como el núcleo del estatuto del funcionario público, de establecimiento unilateral por el Estado, es decir, que no puede ser objeto de contratos colectivos, y que se refiere a las normas sobre ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los empleados de la Administración Pública Nacional. Este régimen, por tanto, en relación a los funcionarios públicos de la Administración Pública Nacional puede ser regulado en forma especial en relación a determinados órganos o institutos autónomos, pero no puede ser constitucionalmente eliminado dando paso a la aplicación global a la Ley Orgánica del Trabajo en la función pública.

En efecto, precisamente, sobre los aspectos del estatuto de los funcionarios públicos que enumera el artículo 122 de la Constitución es que regula en general la Ley de Carrera Administrativa, y precisamente, por ello, en el artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo, luego de todas las discusiones inimaginables sobre este tema crucial de la laboralización de la función pública, se llegó a establecer la diferenciación respecto a los aspectos estatutarios de la función pública, que por tanto, no entran dentro del marco regulativo de la Ley Orgánica del Trabajo, así:

“Art. 8. Los funcionarios o empleados públicos nacionales, estatales o municipales se regirán por las normas sobre Carrera Administrativa Nacionales, Estadales o Municipales, según sea el caso, en todo lo relativo a su ingreso, ascenso, trasla-

34 G.O. N° 1.745 Extra. de 23-5-75.



do, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional; y gozarán de los beneficios acordados por esta ley en todo lo no previsto en aquellos ordenamientos”.

La situación actual del régimen de los funcionarios públicos, en Venezuela, en todo caso, responde a los principios generales que se observan en todo el mundo y en cuya conformación, sin duda, han jugado un papel importante los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo que han ido evolucionando y uniformizando normas en los diversos países³⁵. La laboralización del régimen de la función pública, en todo caso, no puede verse como una huida del derecho administrativo, sino como la interaplicación normal del derecho público y del derecho privado al funcionamiento de la Administración Pública.

En este campo, como hemos señalado, el núcleo del régimen de derecho administrativo de la función pública, previsto en la Constitución permanece intacto e incluso, en relación al derecho de huelga que conforme a la Constitución, en los servicios públicos, sólo puede ejercerse en los casos expresamente establecidos por la ley (art. 92). En esta materia la Ley Orgánica del Trabajo dispuso expresamente que “el derecho de huelga podrá ejercerse en los servicios públicos sometido a esta Ley, cuando su paralización no cause perjuicios irremediables a la población o a las instituciones” (art. 496); y en relación a los funcionarios o empleados públicos que desempeñen cargos de carrera, en el antes mencionado artículo 8 dispuso que tendrán derecho a la huelga “en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública”.

Un aspecto esencial de la unicidad del régimen de los funcionarios públicos y que forma parte de su estatuto como expresamente lo precisó el artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo, es el régimen de control jurisdiccional de la función pública, más que de la carrera administrativa, que como jurisdicción contencioso-administrativa especial, se ha organizado en torno al Tribunal de Carrera Administrativa previsto en la Ley de Carrera Administrativa. Este es el órgano jurisdiccional competente en materia de función pública de manera que por más proceso de

35 Véase Jesús Caballero Ortiz, *Incidencias del Artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo en el Régimen Jurídico del Funcionario Público*, EJV, Caracas 1991, Hildegard Rondón de Sansó, *El funcionario público y la Ley Orgánica del Trabajo*, EJV, Caracas 1991.

laboralización que se haya efectuado, los conflictos de la función pública escapan al conocimiento de los Tribunales del Trabajo y van a la jurisdicción contencioso administrativa. Los Tribunales de la jurisdicción incluso, en relación a las reclamaciones de salarios dejados de percibir por destituciones ilegales, progresivamente le ha quitado carácter indemnizatorio y las condenas que pronuncian las han venido fundando en las potestades judiciales de restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas que tienen³⁶.

Debe destacarse, por otra parte, los frenos que ha venido estableciendo el Tribunal de la Carrera Administrativa y la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativa a los intentos de huida del régimen de la función pública establecido en la Ley de Carrera Administrativa, por una parte, por la interpretación amplia de la misma, al aplicarla a todos los funcionarios públicos sean o no de carrera, y por la otra, por la interpretación precisa del concepto de funcionario público, que hace énfasis en la naturaleza intelectual del servicio prestado en contraposición a la del obrero al servicio de la Administración Pública, siendo las circunstancias de nombramiento, permanencia en el cargo y la existencia de la Partida Presupuestaria correspondiente, elementos que sólo sirven de mera presunción, pero que pueden ser desvirtuados por la realidad o naturaleza efectiva de los servicios prestados, y que pueden conducir a considerar la relación laboral como la de obrero y no la de empleado o funcionario público³⁷.

Por otra parte, la ausencia de nombramiento tampoco puede considerarse como elemento para que no exista la relación de empleo público y se pretenda aplicar a la relación laboral el régimen de la Ley Orgánica del Trabajo. Sobre esto la jurisprudencia contencioso-administrativa ha sido reiterada en considerar que la sola existencia de un contrato de trabajo no basta para excluir a un sujeto de la aplicación de la Ley de Carrera Administrativa y para, por tanto, huir del derecho administrativo. Por ello ha dicho la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, independientemente de si un sujeto ingresó a trabajar en la Administración

36 Véase sentencia CPCA de 11-11-94 (*Caso José M. Mujica vs. Corporación de Desarrollo de la Región Nor-Oriental*), (Consultada en original).

37 Véase sentencia de la CPCA de 17-11-94, caso Instituto Universitario de Policía Científica (Consultada en Original)



Pública con un contrato de trabajo que se pretenda como de derecho privado, en cada caso

“debe precisarse si se cumplen los requisitos necesarios para considerar como relación de empleo público a ciertas relaciones contractuales en su origen. Estos requisitos pueden resumirse en los siguientes: 1) Que las funciones asignadas corresponden a un funcionario de carrera; 2) Que se trate de funciones de carácter permanente, y 3) Que el régimen laboral (salario, horario, beneficios y otros) corresponda al establecido para los funcionarios que han ingresado a través de la vía normal del nombramiento”³⁸

Pero en todo caso, las derogaciones al régimen de derecho administrativo de la función pública, en general, han sido producto de vías de hecho que en materia laboral han sido los canales normales para el logro de tantos avances y reivindicaciones, lo que ha caracterizado la historia del derecho del trabajo. Ello se ha reproducido en los servicios públicos, y las huelgas recurrentes en los servicios de salud y de educación prestados por las Administraciones Públicas son parte de esa evolución.

Ahora bien, donde sí ha habido huida respecto del derecho administrativo en relación al régimen del personal, ha sido, sin duda, en el campo de la Administración Pública Descentralizada que ya hemos referido en general. Esto ha sido evidente al excluirse a determinados institutos autónomos del régimen funcionarial, regulándose en la ley respectiva la aplicación general al personal de la Ley del Trabajo³⁹.

Esta huida, puede considerarse como inconstitucional, pues al establecer el artículo 122 de la Constitución que la ley debe regular la Carrera Administrativa conforme a un estatuto, es lógico que su contenido deba diferir del régimen laboral ordinario, pues de lo contrario el Constituyente habría aplicado a los funcionarios públicos la Ley del Trabajo. Por ello, cuando en virtud de ley no es que se establece un régimen estatutario

38 Véase sentencias de la CPCA de 1-7-93, RDP, Nº 55-56, 1993, pág. 556 y de 10-11-94, *Caso Teófilo Gutiérrez-INCOS* (Consultada en Original)

39 Es el caso, por ejemplo, del Instituto Postal Telegráfico conforme al artículo 37 de su Ley de creación (G.O. Nº 2.146 Extra. de 28-1-78). Por ello, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha rechazado el conocimiento de recursos contencioso-administrativo contra actos administrativos dictados en relación a la materia laboral. Véase sentencia de CPCA de 31-5-93, págs. 419 y 549, y de 13-8-93, en *Revista de Derecho Público* Nº 53-54, 1993, págs. 287.

especial para los funcionarios de un instituto autónomo, es decir, no es que excluye a los funcionarios del mismo de la aplicación de la Ley de Carrera Administrativa para someterlos a otro régimen funcional, sino que se los excluye de la categoría de funcionarios públicos reenviándolos expresamente a la Ley del Trabajo como sucede con el personal de IPOSTEL, con razón se puede considerar ello como inconstitucional.⁴⁰

Luego, con el recurso a la figura jurídica de las personas de derecho privado, la condición de funcionarios públicos no se da respecto de los empleados de las empresas, asociaciones y fundaciones del Estado, los cuales en sus relaciones de trabajo se rigen íntegramente por las normas de la Ley Orgánica del Trabajo. Por tanto, normas limitativas como la del artículo 124 de la Constitución que establece la incompatibilidad para contratar con la República, los Estados, los Municipios y demás personas jurídicas de derecho público, a las personas que estén al servicio de esas entidades, no se aplica a los empleados de las entidades descentralizadas con forma de derecho privado. Sin embargo, algunas áreas de rescate del derecho administrativo deben destacarse, como la que resulta del artículo 8, Párrafo Único de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, que si bien estableció expresamente que los empleados de las entidades de la industria petrolera nacionalizada no tienen el carácter de funcionarios públicos, sin embargo, a ellos se aplican las restricciones constitucionales establecidas en los artículos 123 al 125 de la Constitución respecto de los funcionarios públicos.

40 En este sentido, en el voto salvado de los Magistrados Gustavo Urdaneta Troconis y Alexis Pinto D'Ascoli a las sentencias antes citadas (CPCA de 31-5-93 y 13-8-93) expusieron que el artículo 37 de la Ley del IPOSTEL colide con el artículo 122 de la Constitución que ordenó crear la Carrera Administrativa mediante el establecimiento de un estatuto para los funcionarios públicos cuyo contenido es distinto al régimen de la Ley del Trabajo, cuya aplicación general no fue la voluntad del constituyente, pues lo hubiera hecho expresamente señalando: "A juicio de los Magistrados disidentes esto fue justamente lo que se quiso evitar mediante la norma del 122 constitucional que —sin duda— se desconoce en el fallo anterior el cual deja de lado la naturaleza de la relación existente entre la Administración y sus funcionarios: de base estatutaria, de empleo público, distinta —se insiste— de la que rige las relaciones convencionales existentes entre los trabajadores y sus patronos que están reguladas esencialmente por la legislación laboral.

Por tales razones, consideran los Magistrados disidentes que lo procedente hubiera sido que —en aplicación del control difuso de la constitucionalidad reconocido a los jueces de cualquier nivel en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil— esta Corte desaplicara en el caso de autos el citado artículo 37 de la Ley que crea el Instituto Postal Telegráfico, dada su evidente colisión con los artículos 122 y 206 de la Constitución" *Idem*.



Por otra parte, otro aspecto de rescate del régimen de derecho administrativo respecto de los empleados de las empresas, asociaciones civiles y fundaciones del Estado, es la previsión de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público que establece que a los efectos de su articulado los directores y administradores de las entidades estatales de derecho privado (sociedades civiles y mercantiles, fundaciones y otras personas jurídicas cuyo capital o patrimonio estuviese integrado por aportes de entidades del sector público, igual o mayor al 50% del capital o patrimonio) se consideran funcionarios o empleados públicos y, por tanto, sujetos a las responsabilidades y sanciones aplicables a los mismos⁴¹.

Debe mencionarse, por último, el proceso de especialización del régimen de la función pública que se ha venido operando en los últimos años, tendiente a excluir del régimen general de funcionarios públicos al personal al servicio de determinados organismos de la Administración Central. Especialización, no huida, pero sin duda, peligro de que esto último pueda ocurrir, de hecho.

En algunos casos, la especialización del régimen se ha establecido mediante ley, como ha sucedido respecto de los funcionarios del Banco Central de Venezuela, del Fondo de Inversiones de Venezuela, de la Superintendencia de Bancos y otras Entidades Financieras y de la Superintendencia de Seguros. En la Ley el Fondo de Inversiones de Venezuela⁴² en la Ley General de Bancos y otras Entidades Financieras⁴³, en la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros⁴⁴ y en la Ley del Banco Central de Venezuela⁴⁵ se estableció en efecto que mediante Decreto el Presidente de la República debía dictar normas especiales sobre el estatuto de los funcionarios públicos al servicio de dichas instituciones, lo cual se ha hecho en cada caso. Incluso, en algunos casos como en el de los funcionarios del Banco Central de Venezuela y de las Superintendencias de Bancos

41 Art. 2 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

42 Art. 87 G.O. 2.709 Extra. de 30-12-80. El Estatuto de Personal del Fondo de Inversiones de Venezuela fue dictado por Decreto N° 2.577 de 7-2-78, G.O. N° 2.232 Extra. de 26-4-78.

43 Art. 196, G.O. N° 4.041 Extra. de 2-11-93.

44 Art. 30, G.O. N° 4.822 Extra. de 23-12-94.

45 Art. 109, G.O. N° 3.998 Extra. de 21-8-87. El Estatuto de Personal del Banco Central de Venezuela fue dictado el 7-12-76 reformado el 1-12-88.

y de Seguros, se establece expresamente en sus leyes reguladoras que los funcionarios o empleados de los mismos “no tendrán derecho a contratación colectiva ni a huelga”.

III.
EL AFIANZAMIENTO DE LA APLICACION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA POR OTROS ORGANOS DEL ESTADO DISTINTOS A LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS Y EN EL EJERCICIO, POR ESTAS, DE OTRAS FUNCIONES DEL ESTADO DISTINTAS DE LA ADMINISTRATIVA Y LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO POR LA PENETRACION DEL PODER LEGISLATIVO EN LA FUNCION ADMINISTRATIVA

El derecho administrativo, con la superación de su definición mediante un único criterio, “mágico”, que no existe, ha afianzado campos de regulación que escapaban de la misma con la sola definición orgánica o funcional de nuestra disciplina.

En efecto, el tradicional y superado criterio orgánico para la definición del derecho administrativo que lo concebía como el aplicable a los órganos del Poder Ejecutivo que constituían la Administración Pública, expulsaba de la regulación del derecho administrativo a la actuación en función administrativa o normativa sub legal, de los órganos que ejercían el Poder Legislativo y el Poder Judicial, es decir, el Congreso, sus Cámaras Legislativas y Comisiones y los Tribunales de la República. Por supuesto, este criterio que en otras latitudes podía haber tenido fundamento en otras épocas⁴⁶, de acuerdo a la Constitución de 1961 no podía tener aplicación en Venezuela⁴⁷. Por ello, la jurisprudencia contencioso-administrativa, en el proceso de universalización del control sobre los actos administrativos, ha considerado siempre como tales, los dictados por los órganos constitucionales dotados de autonomía funcional y que no están in-

46 Véase los trabajos críticos sobre el criterio orgánico que se publican en el libro *Actualidad y Perspectivas del Derecho Público a finales del siglo XX, Homenaje al profesor Fernando Garrido Falla*, Tomo I, Madrid 1992.

47 Véase Allan R. Brewer-Carias, “El problema de la definición del acto administrativo”, en *Libro Homenaje al Dr. Eloy Lares Martínez*, Caracas 1984, Tomo I, págs. 25 y sigts.



tegrados a los órganos tradicionales del Estado, como son la Contraloría General de la República⁴⁸, la Fiscalía General de la República⁴⁹ y el Consejo de la Judicatura⁵⁰, las cuales siempre se han considerado como parte de la Administración Pública pero con autonomía funcional (para diferenciarla de la Administración Central y Descentralizada)⁵¹, regidas por el derecho administrativo.

Pero el afianzamiento del derecho administrativo más importante se ha producido con su penetración respecto de la regulación de la actuación administrativa de los órganos del Estado que ejercen el Poder Legislativo y el Poder Judicial. En esta forma ha quedado fuera de duda el carácter de acto administrativo de las decisiones de los órganos del Congreso, de rango sub legal, dictadas en función administrativa⁵², por ejemplo, en materia de personal o que puedan afectar a los particulares (policía administrativa de las Cámaras p.e.); así como de decisiones de la propia Corte Suprema de Justicia en relación al estatuto de los Magistrados o adoptadas en función normativa (reglamentos de personal p.e.) o de los Tribunales en general, dictadas en función normativa (reglamentos internos) o en función administrativa, en relación al personal tribunalicio o en materia de policía de los tribunales (medidas disciplinarias respecto de abogados p.e)⁵³.

Precisamente por este afianzamiento del derecho administrativo y de su aplicación en áreas de actividad pública que escapan de la actuación de las Administraciones Públicas que ejercen el Poder Ejecutivo, es que el criterio orgánico para la definición de nuestra disciplina es totalmente inservible como criterio único.

48 Art. 236 Const.

49 Art. 218 Const.

50 Art. 217 Const.

51 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa en Venezuela*, EJV 1994, p. 95

52 Véase por ejemplo, sentencia CSJ-SPA de 14-9-93 (*Caso Carlos Andrés Pérez*) en Allan R. Brewer-Carías y Luis Ortiz Alvarez, *Las grandes decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa 1961-1996*, Caracas 1996, págs. 27 y 28. Véase además, sentencia de 19-12-74 (*Caso A. Toro*), *Idem*, p. 468.

53 Véase sentencia de la CSJ de 19-7-84 (*Caso Ali Quiñones*), *Revista de Derecho Público*, Nº 19, 1984, pp. 122 a 124; y sentencia de CSJ-SPA de 30-6-86 (*Caso M.J. Alvarado*) en Allan R. Brewer-Carías y Luis Ortiz Alvarez *Las grandes decisiones ...cit*, p.433

Lo mismo debe decirse de la utilización del sólo criterio funcional relativo al ejercicio de la función administrativa, como criterio único para la definición del derecho administrativo, que dejaba fuera del ámbito de su regulación las actuaciones de las Administraciones Públicas realizadas en ejercicio de la función normativa o de la función jurisdiccional. Los reglamentos, en Venezuela, siempre han sido considerados como actos administrativos dictados en ejercicio de la función normativa del Estado y, por tanto, sometidos al control de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa como actos administrativos de efectos generales. Por ello, a pesar de las dudas que en otros ordenamientos ha existido históricamente respecto de la consideración de los reglamentos como actos administrativos, en nuestro país ninguna duda ha existido ni surgido al respecto.

No ha sucedido lo mismo, sin embargo, respecto del ejercicio de la función jurisdiccional por parte de las Administraciones Públicas, lo cual condujo en algunas ocasiones a la Corte Suprema de Justicia en unas decisiones de expulsión del derecho administrativo para regir la actividad disciplinaria de la administración, a considerar que la actividad realizada no era actividad administrativa, sino "jurisdiccional", no sujeta al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Así sucedió, inicialmente, al juzgarse, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la actuación de las Comisiones Tripartitas en materia de aplicación de la Ley contra Despidos Injustificados⁵⁴ —órganos administrativos integrados al Ministerio del Trabajo— que indudablemente se ejercía en función jurisdiccional; lo cual se corrigió luego por la Corte Suprema de Justicia al considerar que los actos dictados por aquellas eran actos administrativos "de sustancia jurisdiccional"⁵⁵ regulados por el derecho administrativo. También sucedió inicialmente, al juzgarse, por la propia Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, la actuación en materia disciplinaria del Consejo de la Judicatura, —órgano constitucional con autonomía funcional— que indudablemente era ejercida en función jurisdiccional, y que —, en otra expulsión de áreas de actividad del

54 Véase los comentarios a dicha sentencia en Allan R. Brewer-Carias "El problema de la definición del acto administrativo", *loc.cit.* págs. 31 y sigs.

55 Sentencia CSJ-SPA de 10-1-80 (*Caso Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo*), *Revista de Derecho Público*, Nº 1, 1980, págs. 128 a 136.



derecho administrativo— no se consideró como actividad administrativa⁵⁶, lo cual sólo fue corregido posteriormente, y a medias, en virtud de una reforma legal⁵⁷, por lo que la Corte Suprema de Justicia, en Corte Plena, rescató para el derecho administrativo lo que se había expulsado al declarar la inconstitucionalidad de la norma de la Ley del Consejo de la Judicatura que excluía de control contencioso-administrativo algún acto en materia disciplinaria respecto de los jueces que, sin duda, era un acto administrativo dictado en función jurisdiccional y sujeto al derecho administrativo.⁵⁸

Un último aspecto debe destacarse en este campo del ejercicio de las funciones del Estado, y particularmente de la función administrativa por parte de los órganos del Ejecutivo Nacional, en cuyo ejercicio ha venido interviniendo e interfiriendo, en muchos casos, con dudosa constitucionalidad, el Poder Legislativo. En estos casos se ha producido una huida de la función administrativa hacia las Cámaras Legislativas y sus Comisiones. Son múltiples las intervenciones e interferencias en este campo y de variada naturaleza. En algunos casos se trata de la participación del Congreso en el nombramiento de funcionarios públicos en casos no autorizados por la Constitución, como sucede con la autorización del Senado para el nombramiento del Procurador General de la República y los jefes de misiones diplomáticas permanentes (art. 150, ord. 7º de la Constitución). Así, por ejemplo, en la Ley de Carrera Administrativa, un miembro del directorio de la Oficina Central de Personal lo designa el Congreso (art. 8); en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, el nombramiento del Super-intendente de Bancos y del Presidente del Fondo de Garantías de Depósitos y Protección Bancaria debe ser autorizado por el Senado con el voto de las 2/3 partes de sus miembros (arts. 146 y 209); y en la Ley de Política Habitacional se crea una Junta de Vigilancia integrada por 11 miembros de los cuales dos son senadores, dos son diputados designados por el Congreso (art. 67).

En otros casos, el régimen de intervención del Congreso para la ejecución de políticas públicas, como la política de Privatización hace de las Cáma-

56 Véase sentencia CSJ-SPA de 26-3-85 (*Caso Ruiz Becerra*), *Revista de Derecho Público*, Nº 22, 1985, pp. 118-143.

57 Mediante la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura de 1989.

58 Sentencia CSJ-SPA de 6-8-91 (*Caso Iván Hernández G.*), en *Revista de Derecho Público*, Nº 47, 1991, pág. 107 y 108.

ras Legislativas, materialmente, en co-gestores o co-administradoras del proceso, al preverse en la Ley de Privatización todo tipo de autorizaciones previas y posteriores en la venta de empresas del Estado, a pesar de que en la Constitución la intervención del Poder Legislativo se reduce, en esta materia, a la autorización por el Senado al Ejecutivo Nacional para enajenar bienes inmuebles del dominio privado de la República (art. 150, ord 2º).

En otros casos, como el previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, el Decreto presidencial de aumento de salarios, que es un acto típicamente del Poder Ejecutivo, debe ser sometido a la consideración del Congreso, correspondiendo a las Cámaras Legislativas decidir la ratificación o suspensión de los decretos “dentro de los 10 días siguientes a la fecha de recepción” (art. 22). Esta previsión legislativa, que causa múltiples problemas en la política salarial del Estado, se ha considerado como inconstitucional⁵⁹

IV.

LA PROYECCION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO HACIA ACTUACIONES DE PERSONAS JURIDICAS NO ESTATALES

El derecho administrativo, como se ha dicho, es esencialmente el derecho de las Administraciones Públicas, es decir, fundamentalmente el que regula las entidades *estatales* de derecho público o de derecho privado. Sin embargo, sin bien ese es el campo natural o común del derecho administrativo, éste, al regular también el ejercicio de la función administrativa del Estado, ha penetrado en el ámbito de la actuación de personas jurídicas *no estatales*, es decir, que no forman parte de la organización general del Estado ni del sector público, pero que en virtud de Ley, realizan actuaciones que ejercen la función administrativa y que, en definitiva, constituyen ejercicio del Poder Público.

Esta penetración o proyección del derecho administrativo hacia la actuación de personas jurídicas no estatales se ha producido, en primer lugar, cuando las mismas han sido dotadas por ley con formas jurídicas de de-

59 Véase Carlos Ayala Corao, “Inconstitucionalidad de la fijación del salario mínimo nacional obligatorio en base al artículo 26 de la Ley del Trabajo”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, UCV, Nº 74, 1990



recho público, lo que se da normalmente en las corporaciones de carácter público, es decir, las personas jurídicas que tienen básicamente un sustrato personal como objeto de protección y que cumplen tareas públicas fuera de la organización del Estado. Es el caso, ante todo, de las Academias Nacionales, que han sido creadas por ley como corporaciones de carácter público no estatales, con funciones científicas y de asesoría en sus áreas de actuación específica: Medicina, Historia, Lengua, Ciencias Políticas y Sociales, Ciencias Físicas y Matemáticas, Economía⁶⁰. Las Academias no forman parte de la organización general del Estado, no dependen de ningún órgano administrativo ni están sometidas a ningún tipo de control de tutela o administrativo de los órganos estatales; sin perjuicio de que puedan ser objeto de control fiscal de acuerdo a la Contraloría General de la República, con motivo de recibir subvenciones de parte del Estado a través del presupuesto de Ministerio de Educación.

Las otras Corporaciones Públicas sometidas al derecho administrativo son los Colegios Profesionales, integrados todos por particulares que ejercen profesiones liberales, y constituidos como personas jurídicas de derecho público no estatales, sea por ley directamente o en virtud de la ley, a los efectos del control y ordenación del ejercicio de dichas profesiones liberales y en virtud de la colegiación obligatoria que las leyes respectivas han establecido conforme al artículo 82 de la Constitución⁶¹. En dichas leyes, en particular, al igual que las Academias Nacionales, se ha concebido a los Colegios Profesionales como corporaciones de carácter público no sujetas a ningún tipo de control de tutela de parte de entidades públi-

60 Leyes de Academias, Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales. Ley de 19 de junio de 1917, G.O. N° 13.181; Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Ley de 30 de junio de 1924, G.O. N° 15.361; Academia Nacional de la Historia, Decreto de 28 de octubre de 1888; Academia Nacional de Medicina. Ley de 1° de agosto de 1941, G.O. N° 20.557; Academia Venezolana correspondiente de la Real Academia Española de la Lengua, Decreto de 10 de abril de 1883; Academia de Ciencias Económicas, Ley de 24 de agosto de 1983, G.O. N° 32.796.

61 Leyes de los Colegios Profesionales. Ley de Abogados, G.O. N° 1.081 Extra. de 23-1-67; Ley de Ejercicio de Bioanálisis, G.O. N° 30.160 de 23-7-73; Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública G.O. N° 30.273 de 5-12-73; Ley de Ejercicio de la Profesión de Economista, G.O. N° 29.687 de 15-12-71; Ley de Ejercicio de la Farmacia G.O. N° 16.551 de 7-7-28; Ley de Ejercicio de la Ingeniería, la Arquitectura y Profesiones afines, G.O. N° 25.822 de 26-11-58; Ley de Ejercicio de la Medicina, G.O. N° 30.766 de 12-8-75; Ley de Ejercicio de la Odontología G.O. N° 29.288 de 10-8-70; Ley de Ejercicio del Periodismo G.O. N° 29.887 de 23-8-72; Ley de Ejercicio de la Psicología G.O. N° 2.306 de 11-9-78; y Ley de Ejercicio de la Medicina Veterinaria G.O. N° 28.737 de 24-9-68.

cas; pero a diferencia de las Academias Nacionales, por las atribuciones que tienen, las leyes han dotado a los Colegios Profesionales de potestades normativas, reguladoras, disciplinarias y sancionatorias que ejercen respecto de los particulares colegiados, como parte del Poder Público y de funciones del Estado. En tal virtud, aún no siendo personas estatales, ni parte de las Administraciones Públicas, el derecho que les es normalmente aplicable es el derecho administrativo, considerándose los actos dictados por dichas corporaciones en ejercicio de las facultades de control profesional, como actos administrativos, sometidos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pero la penetración más importante del derecho administrativo hacia el campo de las personas no estatales, se ha producido respecto de personas de derecho privado, constituidas y dirigidas por particulares, que no forman de manera alguna parte de la organización general del Estado, pero a las cuales la ley les ha atribuido la gestión de la prestación de un servicio público o la ordenación de actividades privadas de interés general. En estos casos y con motivo de estas tareas esas entidades se encuentran sometidas al derecho administrativo, incluso en la regulación del personal al servicio de las mismas. En este sentido debe destacarse el caso de las universidades privadas, respecto de las cuales la jurisprudencia contencioso-administrativa ha señalado que “al intervenir en la gestión de un servicio público y al obligárseles a que apliquen la Ley de Universidades en la ejecución de dicho servicio y en concreto en las designaciones de su personal docente, realizan funciones administrativas. Y ello con independencia de la naturaleza privada de la relación de la prestación de servicios que surge entre la Universidad y el profesor designado”⁶².

En el mismo sentido la jurisprudencia contencioso-administrativa al constatar “la realización por parte de personas jurídicas de derecho privado de actos que supongan la ejecución de competencias de derecho público”, ha considerado como actividad de servicio público al control que ejerce una asociación de vecinos en relación al servicio de abastecimien-

62 Véase sentencia de la CPCA de 24-11-86, RDP Nº 25, 1986, pp. 112-116; de 19-1-88 (*Caso Ramón Escovar León vs UCAB*) en Allan R. Brewer-Carías y Luis A. Ortiz Álvarez, *Las grandes decisiones...cit.*, p. 493; y CPCA 23-11-94 (*Caso Universidad José María Vargas*) (Consultada en Original); y de la CSJ-SPA de 7-7-94 en Allan R. Brewer-Carías y Luis Ortiz Álvarez, *Las grandes decisiones...cit.*, p. 503.



to de agua de una urbanización, sometida, por tanto, al derecho administrativo y al control de la jurisdicción contencioso-administrativa⁶³.

En definitiva, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha entendido que en estos casos, la ley ha “delegado” la función administrativa del Estado por ejemplo en las Universidades Privadas, que no son Universidades Nacionales, por lo que se rigen en el ejercicio de las mismas por el derecho administrativo, particularmente por las garantías que esta establece en las relaciones entre el Estado y los particulares en relación al debido proceso y al derecho a la defensa.

El mismo proceso de penetración del derecho administrativo hacia la actuación de las personas jurídicas privadas, de derecho privado, se ha venido produciendo incluso respecto de actividades cumplidas por estas que no constituyen un servicio público, aún cuando por el interés o utilidad general de las mismas, han sido objeto de una regulación legal que ha otorgado a entidades privadas básicamente de carácter corporativo, el ejercicio de ciertas potestades públicas ordenadoras o disciplinarias en la actividad que gerencian. Así se ha resuelto por la jurisprudencia contencioso-administrativa, respecto de la Sociedad de Autores y Compositores en relación al establecimiento de tarifas conforme a la Ley de Derecho de Autor⁶⁴; del Comité Olímpico Venezolano⁶⁵ y de las Federaciones y Asociaciones Deportivas, como la Asociación de Tiro del Distrito Federal⁶⁶, en relación a la actividad disciplinaria y sancionadora que realizan conforme a la Ley del Deporte.

En estos casos, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha considerado que “las entidades deportivas previstas en la Ley del Deporte, cuando dictan actos sancionatorios en uso de la potestad que les ha conferido la misma ley, se comportan ante sus integrantes en un plano de

63 Véase sentencia de la CPCA de 2-11-94 (*Caso Asociación de Vecinos de la Urbanización Guataparó*) (Consultada en Original).

64 Véase sentencia de la CPCA de 15-3-84 y 18-2-86 en *Revista de Derecho Público* N° 18, 1984, pp. 177-178 y N° 25, 1986, pp. 131-132

65 Véase en sentencia de la CPCA de 14-5-84 (Consultada en original).

66 Sentencia CPCA, 13-2-86 en Allan R. Brewer-Carías y Luis A. Ortiz Álvarez, *Las grandes decisiones...*, cit. p. 479.

supremacía, es decir, de autoridad, que ubica a los referidos actos dentro del marco del derecho administrativo y los hace formar parte del objeto del control ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa”⁶⁷

**V.
EL PROBLEMA DE LA "PRIVATIZACION" FACTICA DEL
EJERCICIO DE ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS
RESERVADAS AL ESTADO COMO HUIDA DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO**

Una de las técnicas de regulación más clásicas del derecho administrativo, y que pone de manifiesto el ejercicio del Poder Público para el cumplimiento de las tareas que tiene asignado el Estado, es el de la reserva de ciertas actividades al Estado, que este asume a veces en forma exclusiva y excluyente, y otras veces, sin dejar de ser exclusiva, sin excluir la posibilidad de la participación de los particulares en su realización.

De las formas de la actividad administrativa, aquellas en las cuales siempre se da la figura de la reserva es en el campo de la policía administrativa y en el de los servicios públicos.

En efecto, la policía administrativa es la actividad del Estado mediante la cual se garantiza el ejercicio de los derechos y libertades y el mantenimiento del orden público y social, lo cual implica, siempre, para lograr dicho objetivo, la posibilidad tanto de limitación o restricción de la actividad de los particulares como del uso de la fuerza coactiva. El régimen jurídico de la policía administrativa, en todas las áreas de actuación del Estado es materia de reserva legal, pues implica limitar el ejercicio de los derechos y libertades ciudadanas para garantizar su ejercicio por todos y el orden público y social; y el uso de los medios coactivos, de la fuerza pública, para precisamente, garantizar por todos el ejercicio y goce de los derechos y libertades constitucionales y para mantener y restablecer el orden público o social, es un monopolio del Estado. En otras palabras, la policía administrativa, como actividad, está reservada al Estado no sólo en cuanto al uso de la fuerza pública, sino respecto a la existencia de la

67 Véase sentencia CPCA de 30-8-93 (*Caso Liga de Fútbol Profesional de Venezuela*), *Revista de Derecho Público*, Nº 55-56, 1993, págs. 398-399.



fuerza pública en si misma. Por ello la Constitución no sólo atribuye a los entes político-territoriales competencia expresa en materia de policía nacional, urbana y rural y municipal⁶⁸, sino que en cuanto a las “fuerzas de policía” prevé que los Estados y Municipios sólo podrán organizarlas “de acuerdo con la ley”⁶⁹.

A pesar de que esta ley aún no se ha dictado, las fuerzas policiales estatales han sido una tradición pública en el país, aún antes de sancionarse la Constitución de 1961 —como lo constató la propia Exposición de Motivos del Texto—; y en cuanto a las fuerzas de policía municipales, a partir de la reforma de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989, han comenzado a proliferar en todo el país.

Hay por tanto fuerzas de policía nacionales, estatales y municipales a las cuales se ha atribuido el uso de la fuerza pública en forma exclusiva y excluyente. Es decir, la policía administrativa es una actividad y una fuerza reservada al Estado, en sus tres niveles territoriales, lo que significa atribución exclusiva, en el sentido de que sólo corresponde al Estado como tarea y obligación esencial y en este caso de la policía, además, como atribución excluyente, en el sentido de que sólo el Estado puede organizar el uso de la fuerza pública, particularmente en materia de orden público general, de tranquilidad, seguridad, moralidad y salubridad en la calle⁷⁰, no pudiendo los particulares establecer fuerzas, con armas, para realizar actividades de policía. Ello es campo esencial del derecho administrativo, particularmente por las garantías que este prevé respecto de los derechos de los individuos en relación a la actividad policial, que es actividad que se traduce en actos administrativos, sometidos a control de la jurisdicción contencioso-administrativa.⁷¹

68 Art. 17, ordinal 5º; 30 y 136, ordinal 5º de la Constitución.

69 Art. 134 de la Constitución

70 Como dice la antigua Ordenanza de Policía Urbana y Rural del Distrito Federal en su artículo 1: “La policía Municipal es el ramo de la Administración Pública que tiene por objeto garantizar la seguridad, tanto de las personas como de la propiedad, la moralidad, salubridad y el orden público en el Distrito Federal”.

71 Son de destacar las normas de conducta de los miembros de los cuerpos de policía establecidas en el Decreto N° 3.179 de 7-10-93 contentivo del Reglamento de Coordinación de los Servicios de Policía y sobre normas de conducta de los miembros de los cuerpos de policía, G.O. N° 35.317 de 14-10-93.

Sin embargo, la desatención progresiva por parte del Estado venezolano de las tareas de seguridad y orden público, y la exigencia ciudadana por mayor seguridad personal, ha conducido a la aparición progresiva de unos “servicios de vigilancia privada”, primero de hecho y luego objeto de una reglamentación establecida en el Reglamento de los Servicios Privados de Vigilancia, Protección e Investigación de 1975⁷².

En este Reglamento se regula, entonces, el ejercicio por particulares de la función policial en las áreas de servicios de vigilancia y protección de propiedades; de traslado y custodia de valores; y de investigación sobre personas y bienes, precisándose sólo respecto de estos últimos, que “en ningún caso podrán afectar los derechos y garantías de los ciudadanos establecidos en la Constitución y las leyes, ni interferir las funciones de investigación del Estado” (art. 2).

El Reglamento previó la necesidad de una autorización para la prestación privada de estos servicios de policía, estableciendo normas sobre uso de armas, la contratación de personal y el ejercicio de potestades de control, inspección y fiscalización por parte del Ministerio de Relaciones Interiores. Además, en el Reglamento se previó la posibilidad de que el Ministerio de Relaciones Interiores pueda disponer, por razones de seguridad, el despido de cualquier persona contratada por los servicios privados de vigilancia, protección e investigación (art. 36); se estableció la obligación de los mismos de informar a las autoridades de policía cuando tengan conocimientos de la comisión de hechos punibles y de denunciarlos cuando sean de acción público (arts. 24 y 34); y se previó en general que:

“Art. 35. En caso de guerra, perturbación del orden público, calamidades públicas u otras emergencias graves, las personas autorizadas para prestar los servicios aquí reglamentados, pondrán su personal, instalaciones, equipos, armas e implementos a la orden del Ejecutivo Nacional, según él le indique, por el tiempo que sea necesario y mientras se mantengan las causas que hubieren provocado la medida”

De esto resulta, ni más ni menos, que la realización de actividades de policía administrativa que han sido atribuidas en forma exclusiva y excluyente al Estado por parte de particulares, rompiéndose así el monopolio del Estado en el uso de la fuerza pública, lo que ha llevado, incluso, al

72 Decreto Nº 699 de 14-1-75 en G.O. Nº 30.597 de 14-1-75.



Gobernador del Distrito Federal en Caracas, por ejemplo, a tener que atribuir a los vigilantes privados y a los transportistas de valores al servicio de las empresas privadas de vigilancia, protección de propiedades y custodia y traslado de valores, “el carácter de auxiliares ad-honorem de la Policía Metropolitana”, motivo por el cual se les impusieron deberes adicionales de policía administrativa⁷³.

En esta forma, estamos en presencia de cuerpos armados de vigilancia y protección privadas, con funciones de policía administrativa, es decir, “policías administrativas privadas” no previstas ni en las leyes nacionales o estatales ni en las Ordenanzas Municipales, que han roto el carácter excluyente y monopólico del uso de la fuerza pública por el Estado. Ello ha significado un escape fáctico del derecho administrativo, pues quienes cumplen dichos servicios ni son funcionarios públicos ni sus actuaciones pueden considerarse como de carácter administrativa, siendo el único “lazo” con el sector público el establecido en una Resolución que les asigna el carácter de funcionarios auxiliares ad honorem de la Policía Metropolitana y que rige sólo en una parte de la ciudad de Caracas.

En esta forma, la policía administrativa se ha “privatizado”, es decir, se ha desarrollado una policía administrativa privada, con el consiguiente relajamiento de la reserva al Estado del uso de la fuerza pública y de las actividades de seguridad pública, y la consecuencial huida del derecho administrativo.

Un fenómeno similar se puede constatar en el campo de los servicios públicos cuya existencia misma es consecuencia de la reserva que el Estado se hace respecto de determinadas actividades prestacionales para la satisfacción de necesidades colectivas, que la Constitución o la ley le impo-

73 El artículo 1° de la Resolución N° 44 de 30-1-92 (G.O N° 348.989 de 6-2-92) impone a los mismos los deberes de “vigilancia general sobre los bienes bajo su custodia”; de “protección a las personas y a las propiedades donde prestan sus servicios”; de “impedir la comisión de hechos delictivos durante su horario de labores y en su lugar de trabajo”; de “cooperar con los cuerpos de seguridad y orden público poniendo en conocimiento de la autoridad competente más cercana los hechos ilícitos que se estén perpetrando”; o “aprehender y poner a la disposición de dichos cuerpos la persona sorprendida *in fraganti* cometiendo actos delictivos, conjuntamente con los objetos con que haya cometido o intentado cometer el delito y que sirvan para comprobar su perpetración, así como preservar el sitio del suceso”; y de “prestar su colaboración a las autoridades de tránsito, no permitiendo el estacionamiento de vehículos en el espacio denominado “zona bancaria”.

nen como obligación. El servicio público, por tanto, no es otra cosa que una actividad prestacional impuesta y reservada al Estado en forma exclusiva, lo que hace que esta sea una de las clásicas formas de la actividad administrativa⁷⁴.

En este campo, el servicio público puede ser no exclusivo del Estado, como el de salud o educación, en cuya prestación participan los particulares, co-prestándolo, sometidos sólo a controles públicos (licencias, registros); puede ser exclusivo no excluyente, que si bien implica una reserva al Estado, sin embargo, los particulares pueden prestarlo mediante concesión, como sucede, por ejemplo, con todos los servicios públicos municipales regulados en la Ley Orgánica de Régimen Municipal⁷⁵; y puede ser exclusivo y excluyente, cuando la prestación del servicio público se establece como una reserva absoluta a cargo del Estado, en la cual se excluye a los particulares.

En materia de servicios públicos exclusivos, por tanto, la “privatización” de los mismos, como política del Estado, se concreta en la concesión de la prestación de los mismos a los particulares, mediante concesiones administrativas⁷⁶. Sin embargo, esta privatización se reduce al titular de la prestación, pero no al régimen de la misma, la cual mediante la figura de las concesiones administrativas de servicios públicos, sigue siendo un régimen típicamente de derecho administrativo.

El problema, en este campo, se plantea en aquellos casos en los cuales se ha producido la privatización de un servicio público, que a pesar de su carácter exclusivo y excluyente, se llega a prestar por particulares, de hecho y sin que medie concesión administrativa. En este caso hay no sólo una “privatización” del régimen del servicio público y el relajamiento de la reserva, sino una huida del régimen de derecho administrativo.

Es el caso del servicio de correo, que la Ley de Correos, conforme a la tradición precedente, declaró como “prestado exclusivamente por el Es-

74 Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias”, *Revista de Derecho Público*, Nº 6, 1981, pp. 65 a 71.

75 Arts. 36 y 41 y siguientes, G.O. Nº 4.409 Extra. de 15-6-89.

76 Por ello la Ley de Privatización (G.O. Nº 4.927 Extra. de 30-6-95) regula a las concesiones de servicios públicos dentro de la política de privatización (art. 1)



tado” (art. 1)⁷⁷, agregando la ley que creó el Instituto Postal Telegráfico, su “carácter público”⁷⁸, estando obligados, por tanto, los particulares, a utilizar dichos servicios públicos para el envío de correspondencia⁷⁹.

La insuficiencia y deficiencia del servicio público de correo, sin embargo, condujo, primero de hecho y luego con alguna regularización, a la privatización de los servicios de correo, sin concesión. En efecto, el artículo 13 literal b de la Ley de Correos estableció la posibilidad de que los particulares pudieran ser portadores de correspondencia, entre otros casos, “por estar autorizados, conforme a los Reglamentos, por falta absoluta o poca frecuencia del servicio oficial”; autorización que regulaba el viejo Reglamento de la Ley de Correos de 1938⁸⁰. La verdad fue que de hecho, con o sin dichas autorizaciones, el servicio público de correo se fue privatizando, apareciendo servicios privados de correspondencia paralelos a los públicos, cuya regularización se comenzó a establecer a partir de 1983 mediante el Reglamento sobre Concesión de los Servicios de Correos⁸¹, que aún cuando sin fundamentación legal expresa alguna, previó que “la prestación de los servicios de correos por empresas privadas, requiere de concesión otorgada por actos unilaterales del IPOSTEL, previa opinión favorable del Ministerio de Transporte y Comunicaciones” (art. 1), obligando, por tanto, a “las empresas privadas” que estaban “atendiendo los servicios de correos” hasta esa fecha, adaptarse a la regulación establecida.

En esta forma, frente a la huida fáctica del servicio de correos del régimen del derecho administrativo, mediante el establecimiento del régimen de concesión de los servicios —y aún con precario fundamento legal, dado el carácter exclusivo y excluyente del mismo—, se recuperó para el derecho administrativo el régimen de un servicio público que fácticamente había sido “privatizado”.

77 Decreto-Ley N° 474 de 12-12-58, G.O. N° 25.841 de 18-12-58.

78 Art. 1° de la Ley de IPOSTEL, G.O. N° 2.146 Extra. de 28-1-78

79 Art. 13 de la Ley de Correos (G.O. N° 25.841 de 18-12-58).

80 G.O. Extra. de 31-12-38.

81 Decreto N° 2.180 de 28-7-83 G.O. N° 32.784 de 8-8-83.

**VI.
LA INEXISTENCIA DE ACTOS O CONTRATOS
DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EXCLUSIVAMENTE
SOMETIDAS AL DERECHO PRIVADO Y LA
EXPANSION DE LOS CONCEPTOS DE ACTO Y
DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Como hemos señalado, las Administraciones Públicas, en su actividad, se encuentran siempre sometidas tanto al derecho público como al derecho privado, en un grado de preponderancia que varía de acuerdo a la finalidad y naturaleza de la misma.

El derecho administrativo, y por supuesto, el constitucional, es el derecho normal y específico de las mismas, de manera que incluso algunas actividades públicas sólo están sometidas al derecho público; sin embargo, lo contrario nunca se puede dar, es decir, no puede haber actividad de las Administraciones Públicas que estén sometidas exclusivamente al derecho privado, es decir, no hay actividad administrativa de derecho privado.

La ficción de la teoría del Fisco que consideraba al Estado como persona jurídica (Estado-persona) sometida al derecho privado para distinguirla del Estado-Poder, que ejercía el Poder Público y estaba sometido al derecho público⁸², quedó en la prehistoria del derecho administrativo. El Estado, en el constitucionalismo moderno, se personifica en los sujetos de derecho que su forma política implique (en nuestro caso, la forma federal conduce a tres grupos de sujetos de derecho público —la República, los Estados y los Municipios—) o que se derive de su posibilidad de descentralización funcional (personas de derecho público o de derecho privado); y todas esas personas, como sujetos de derecho están sometidas tanto al derecho público como al derecho privado, que se les interaplican. Sin embargo, en ningún caso puede identificarse una persona jurídica estatal que sólo esté sometida al derecho privado; un acto de las entidades estatales que sólo esté sometida al derecho privado, ni un contrato de las Administraciones Públicas sólo sometido al derecho privado. Lo que hay

82 El vestigio en Venezuela de dicha teoría aún se conserva en el artículo 1º de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.



son sujetos de derecho, actos y contratos a los cuales se interaplica el derecho público y el derecho privado, con una preponderancia variable, pero que siempre por su carácter estatal se encuentran sometidos en alguna forma al derecho administrativo.

En esta forma, por tanto, si bien puede haber actos de las personas jurídicas de derecho público estatales sólo sometidas al derecho público, no puede haber actos de las mismas sólo sometidas al derecho privado. De allí la crítica que hemos formulado a la expulsión decretada por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa en sentencia de 18-7-85 en relación a la naturaleza del Banco Central de Venezuela, respecto de la aplicación del derecho administrativo en relación al funcionamiento de dicho Banco, como persona jurídica de derecho público de naturaleza única⁸³, y cuya existencia, según la Corte, “tiene como único y exclusivo sustento el conjunto de normas de derecho privado comercial que rige la Constitución, organización y desenvolvimiento de las compañías anónimas”⁸⁴. Por ello, en cuanto al del acto del Presidente de la República de remoción del Presidente del Banco Central de Venezuela, que se realiza mediante Decreto, acto que la Ley de Procedimientos Administrativos define esencialmente como acto administrativo (art. 15), la Corte consideró que se trataba de un acto revocatorio de un administrador de una compañía anónima dada la forma de sociedad anónima del Banco Central de Venezuela, adoptado por el órgano que sustituye la Asamblea del Banco por lo que respecta a la provisión de los cargos del Directorio del mismo, concluyendo entonces que:

“En ejercicio pues de una potestad de derecho privado, como órgano sustitutivo de la asamblea en virtud de la Ley del Banco Central de Venezuela —que tiene jurídicamente el mismo valor que el contrato constitutivo de la sociedad (artículo 84 de la Ley de 1939)—, el Presidente de la República revocó la designación del Presidente del Instituto que en uso de la misma facultad había efectuado su antecesor en el cargo (artículo 19 de la Ley vigente).

El empleo de la forma de Decreto para ejercer dicha facultad no era necesaria, porque, como se ha dicho, *no constituyen actos administrativos estatales*, ni la designación ni la revocación. *Pero se trata de un elemento puramente externo que en nada puede desnaturalizar la esencia del acto de derecho privado ejecutado por el Presidente de la República*”⁸⁵.

83 Art. 1º de la Ley del Banco Central de Venezuela.

84 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 24, 1985, pp. 103-108.

85 *Idem*.

En esta forma, el Decreto Presidencial de remoción del Presidente del Instituto Emisor y contralor del crédito y de la estabilidad monetaria en el país, que por sobre todo es un funcionario público y que ejerce potestades públicas, de un plumazo la Corte Suprema lo consideró como un mero “acto de derecho privado”, le quitó todo carácter de acto administrativo estatal, y todo para excluirlo de control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa. Por eso hemos dicho que esta sentencia, es al menos como la calificó el Voto Salvado, “errada” e “incongruente” pues no puede haber actos de órganos del Estado —como el Presidente de la República— sólo regidos por el derecho privado; y menos un Decreto del Jefe del Ejecutivo Nacional.

Lo mismo puede señalarse respecto de los contratos de las Administraciones Públicas, en el sentido de que no puede haber contratos de derecho privado de las mismas que se diferencien respecto de los contratos administrativos⁸⁶. Puede haber y los hay, contratos del Estado que por su objeto se considera que tienen, *a priori*, un régimen preponderantemente de derecho público o de derecho privado; pero nunca puede haber un contrato de las Administraciones Públicas sometido únicamente al derecho privado. Ello es una imposibilidad esencial, pues al igual que el acto unilateral, el acto bilateral de un órgano estatal está sometido a normas de competencia y formalidades, en este caso, por ejemplo, de selección de contratistas, que forman parte del derecho administrativo que les es aplicable.

Por ello hemos cuestionado la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración, como si estos últimos sólo estuviesen sometidos a normas de derecho privado lo cual es imposible⁸⁷, pues todos los contratos de la Administración están sometidos al derecho administrativo, aún cuando pueda considerarse, *a priori*, que preponderantemente se le aplica el derecho privado. Por ello, la distinción no tenía ninguna justificación en el país, hasta que la Ley Orgánica de la Corte Suprema acogió la noción de contrato administrativo para

86 Véase Allan R. Brewer-Carías, “La evolución del concepto de contrato administrativo”, *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, UCV, Caracas, 1981, Tomo I, págs. 41 y sigts. Véase además lo expuesto en el libro de Jorge Velez García y Allan R. Brewer-Carías, *Contratación Estatal, Derecho Administrativo y Constitución*, Bogotá 1995, págs. 29 y sigts.

87 *Idem*.



asignar a la Sala Político Administrativa de la Corte competencia para conocer de las cuestiones que se susciten con motivo de “la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución” de los mismos⁸⁸. Esta norma, por supuesto, ha sido objeto de aplicación en múltiples casos, y varias han sido las decisiones de la Corte para identificar a los contratos administrativos, habiéndose acogido como criterio, además del objeto vinculado a un servicio público —la verdad es que en nuestro criterio, parecería imposible no encontrar algún contrato de la Administración, en una u otra forma vinculado a un servicio público—, la existencia de cláusulas exorbitantes del derecho común, es decir, que creare, situaciones de privilegio a favor de la Administración contratante, como serían las que le permiten dirigir y controlar la ejecución del contrato; modificarlo unilateralmente, con el debido respeto al principio de la llamada ecuación o equilibrio económico del contrato, y rescindirlo unilateralmente, las cuales, como lo ha considerado la Corte Suprema, “podrían incluso ser implícitas, es decir, no figurar en forma expresa en el texto del contrato, y sin embargo, considerarse presentes en el mismo por estar consustanciadas con la naturaleza de la relación jurídica creada”. En palabras de la Corte, implícita o expresamente dichas cláusulas están “en los casos en los cuales este poder de supremacía de la Administración se pone de manifiesto justificado por la necesidad de proteger el interés jurídico en forma especial confiado a su competencia”.⁸⁹

Por ello, en definitiva, un contrato de la Administración aún con régimen inicial preponderantemente de derecho privado, podría pasar a ser un “contrato administrativo” y por tanto, con “régimen preeminentemente de derecho público”⁹⁰, si la Administración, por razones de interés general decide hacer uso de las cláusulas exorbitantes implícitas; razón por la cual la categoría de “contrato administrativo”, en definitiva, es una categoría *ex post facto*, cuya existencia misma depende de la voluntad de la Administración.

En todo caso, sea cual sea el contrato de la Administración en cuanto al régimen jurídico que les es aplicable —preponderantemente de derecho

88 Art. 42, ord. 14 de la LOCSJ.

89 Sentencia CSJ-SPA de 27-1-93 (*Caso Hotel Isla de Coche II*), en Allan R. Brewer-Carías y Luis Ortiz Alvarez, *Las grandes decisiones.*, cit. pág. 194.

90 Sentencia CSJ-SPA de 17-11-94 (consultada en original).

público o de derecho privado—, la tendencia legislativa es a regularlos uniformemente desde el punto de vista del derecho administrativo, por ejemplo, estableciendo un régimen común para la selección de los contratistas en la Ley de Licitaciones, de aplicación general, incluso para la Administración descentralizada⁹¹; y para el ejercicio del control fiscal de los compromisos financieros por parte de la Contraloría General de la República⁹².

En estos casos, aún tratándose de contratos que deban ser suscritos por personas jurídicas de derecho privado estatales, la exigencia de la aplicación a los mismos del procedimiento de selección previsto en la Ley de Licitaciones, conduce a que se considere expresamente, como lo dice su artículo 19, último párrafo de dicha ley, a que los entes de derecho privado mencionados se considere que actúan en función administrativa, originando relaciones jurídico-administrativas sujetas al derecho administrativo y a la jurisdicción contencioso-administrativa⁹³.

Por lo demás, el régimen común a todos los contratos de la Administración parte de la noción de “contratos de interés público” que consagra la Constitución, que pueden ser de interés público nacional, estatal o municipal, no en cuanto a su objeto y naturaleza, sino en cuanto a que sean suscritos por entidades que formen parte de la Administración Pública Nacional—incluso la descentralizada con forma de derecho privado, como las empresas del Estado—, de la Administración Pública Estatal o de la Administración Pública Municipal, respectivamente⁹⁴.

91 Art. 2 de la Ley de Licitaciones, G.O. N° 34.528 de 10-8-90.

92 Art. 21 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, G.O. N° 5.017 Extra. de 13-12-95.

93 En este sentido, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 6-8-96 (*Caso Consorcio Hidroeléctrico Caroni vs. CVG-Edelca*) ha señalado: “Todos los procedimientos de selección de contratistas que conforme a esa Ley se apliquen, tienen la naturaleza de procedimientos administrativos, aún cuando se trate de aquellos procedimientos especiales que la propia Ley autoriza, en los casos en que exceptúa la aplicación de los regulados en ella. En efecto, cuando una Ley obliga a los sujetos a los cuales se aplica, a utilizar un procedimiento para la selección de sus contratistas, sea cual fuere la naturaleza del contrato que en definitiva se vaya a celebrar, sea cual fuere el tipo de procedimiento aplicable, es obvio que los mismos dan origen a relaciones jurídico-administrativas, sujetas al derecho administrativo y a la jurisdicción contencioso-administrativo” (consultada en original).

94 Arts. 126 y 127 de la Constitución. Véase Allan R. Brewer-Carias, “Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa” en *Estudios de Derecho Público*, Tomo 1, Caracas, 1983, págs. 183 y sigs.



VII.
**LA PENETRACION CRECIENTE DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO EN EL CAMPO DEL DERECHO PRIVADO O
LA PUBLICIZACION PROGRESIVA DEL DERECHO PRIVADO,
PARTICULARMENTE EN LA CONFIGURACION DE LA
RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**

El proceso de intervención del Estado en la economía, mediante potestades reguladoras u ordenadoras de la misma, antes que mostrar una huida de regulación del derecho administrativo, más bien lo que muestra es un proceso de publicización de campos de actividad que en su origen estaban sólo reguladas por el derecho privado.

En esta forma, el derecho administrativo fue penetrando progresivamente en el campo que era propio del derecho civil o mercantil, con particulares incidencias en la autonomía de la voluntad contractual. La primera de estas penetraciones ocurrió en nuestro país cuando se comenzaron a regular los arrendamientos urbanos en los años cuarenta, lo que desembocó con la Ley de Regulación de Alquileres de 1960, y que permite a la Administración interferir en una parte tan medular de los contratos de arrendamiento como la fijación del canon o la terminación de los mismos, al regularse las causales de desalojo y el derecho de preferencia del arrendador a continuar arrendando el inmueble⁹⁵. La Administración Pública, en esta forma, interviene en la relación contractual mediante actos administrativos, la mayoría dictados en función jurisdiccional, cuyo control incluso dio origen a una jurisdicción contencioso-administrativa especial —el Tribunal de Inquilinato— que luego se ha integrado en la jurisdicción contencioso-administrativa general⁹⁶.

Por otra parte, la intervención progresiva del Estado en la regulación del régimen de los bancos y otras instituciones financieras⁹⁷ y de las empresas de seguro⁹⁸ ha hecho del derecho comercial bancario o de seguros, mitad derecho público, mitad derecho privado dado el amplio poder que

95 Arts. 4, Ley de Regulación de Alquileres, G.O. N° 26.319 del 1-8-60.

96 Véase Resolución N° 861 de 9-5-91 del Consejo de la Judicatura, G.O. N° 34.775 de 13-8-91.

97 Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras G.O. N° 4.649 Extra. de 19-11-93.

98 Ley Empresas de Seguro y Reaseguro, G.O. N° 4.822 Extra. de 23-12-94.

se ha atribuido a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras y la Superintendencia de Seguros en el control de las actividades, y que ha llevado a dichos organismos, en algunos casos a calificar y desnaturalizar contratos como consecuencia de su intervención, lo cual incluso ha sido corregido por la jurisprudencia contencioso-administrativa⁹⁹.

Otro tanto debe señalarse respecto de las regulaciones relativas a los títulos valores, otrora materia exclusivamente regulada por el Código de Comercio, y que con la promulgación de la Ley de Mercado de Capitales y la regulación de las Bolsas de Valores¹⁰⁰ ha dado origen, incluso, a un derecho público del mercado de valores¹⁰¹. La Comisión Nacional de Valores, en el cumplimiento de sus atribuciones, con frecuencia las ejerce en función jurisdiccional, habiendo llegado en su intervención a penetrar en la autonomía empresarial y contractual más allá de lo permitido, calificando actos y acciones en forma distinta a lo establecido por las partes, lo que han sido objeto de control contencioso-administrativo¹⁰².

Por último, en este proceso progresivo de publicización del derecho privado, debe mencionarse el régimen legal de promoción y protección de la libre competencia¹⁰³ que atribuye a la Superintendencia de Promoción y Protección a la Libre Competencia amplios poderes de control y decisión sobre conductas y cláusulas contractuales que puedan ser anticompetitivas y contrarias a la Ley, las que ejerce en función jurisdiccional. La consecuencia de la declaración por la Superintendencia del carácter restrictivo de la libre competencia de determinada cláusula contractual, es la consideración *ex lege* de su nulidad¹⁰⁴, quedando dicha materia fuera de la jurisdicción de los Tribunales Mercantiles, como lo ha decidido la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa¹⁰⁵.

99 Véase CSJ-SPA de 15-6-94 (*Caso Banco Hipotecario Unido*), (Consultada en original).

100 Ley de Mercado de Capitales, G.O. N° 1.744 Extra. de 22-5-75.

101 Ver por ejemplo, Antonio Jiménez-Blanco, *Derecho Público del Mercado de Valores*, Madrid 1989.

102 Véase Allan R. Brewer-Carías y otros, *El caso del Banco de Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, Tomo I.

103 Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia, G.O. N° 34.880 de 13-1-92.

104 Art. 57 de la Ley Procompetencia.

105 Véase sentencia CSJ-SPA de 29-5-96 (*Caso Heinz-Kraft*), (Consultada en original).



En esta forma, lejos de perder áreas de regulación, el derecho administrativo ha venido penetrando progresivamente en campos tradicionales del derecho privado, más allá de las tradicionales actividades de la llamada “administración del derecho privado” como podían ser las relativas al régimen del registro público inmobiliario¹⁰⁶.

Un último aspecto debe destacarse en este proceso de penetración del derecho administrativo en áreas tradicionales del derecho privado, y es el relativo a la configuración actual del régimen de la responsabilidad administrativa, tema de primera importancia en nuestra disciplina pero que no ha tenido el desarrollo que le es debido entre nosotros¹⁰⁷. Cuando nos ocupamos por primera vez del tema hace más de tres décadas y conforme a la situación de la época de nuestro ordenamiento jurídico aplicado por la Corte Suprema, distinguimos entre la responsabilidad de la Administración por falta o riesgo regida por los principios del Código Civil, y la obligación del Estado de indemnizar a los particulares por los daños causados por sus actividades lícitas¹⁰⁸, incluyendo la expropiación, y que significaban la ruptura del principio de la igualdad ante las cargas públicas. El tema ha sido estudiado por todos los que se han ocupado del derecho administrativo desde que en el famoso *arrêt Blanco* de 8 de febrero de 1873, el Tribunal de Conflictos de Francia estableció que “la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que emplea en el servicio público, no puede estar regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; que esta responsabilidad no es general, ni absoluta; que ella tiene sus reglas propias que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”¹⁰⁹. Por tanto, pregonar como pieza esencial del derecho administrativo un régimen propio de la responsabi-

106 Véase Allan R. Brewer-Carías, “La impugnación de los actos administrativos de registro ante la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, 1975, pág. 459 y sigts.

107 Véase Luis A. Ortiz Álvarez, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1995.

108 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas 1964, pág. 417 y sigts.

109 M. Long, P. Weil, G. Braibart, P. Devolvé y B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris 1990, p. 15.

lidad administrativa es tan viejo como el derecho administrativo mismo. Pero este, en cada país, se ha ido moldeando conforme a las normas y principios del ordenamiento aplicable por los tribunales; y la verdad es que en esta materia, la jurisprudencia contencioso-administrativa era y es escasísima.

Por supuesto, convenimos en que hoy es perfectamente admisible englobar los dos aspectos mencionados de la obligación resarcidora del Estado, bajo la denominación general de “responsabilidad administrativa”, que englobaría todas las reparaciones debidas por el Estado por daños causados por actividades administrativas tanto lícitas como ilícitas. En cuanto a la responsabilidad por hecho ilícito, por supuesto, sigue rigiendo el derecho civil; y en cuanto a la responsabilidad por daños causados por actividades legítimas y lícitas, en su regulación ha penetrado el derecho administrativo, no sólo desde antaño con la figura de la expropiación que tiene individualidad propia, sino con las previsiones de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio¹¹⁰ en cuyo articulado propusimos, durante la discusión del proyecto, la inclusión de la norma del artículo 63 que dispone el si bien “los usos regulados y permitidos en los planos de ordenación del territorio se consideran limitaciones legales a la propiedad y, en consecuencia, no originan por si solos, derecho a indemnizar”, agregó que “Esta sólo podrá ser reclamada por los propietarios en los casos de limitaciones que desnaturalicen las facultades del derecho de propiedad, siempre que produzcan un daño cierto, efectivo, individualizado, actual y cuantificable económicamente”¹¹¹.

En esta forma, como recientemente lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en sentencia de 27-1-94, “el régimen de responsabilidad del Estado por sus actos lícitos, aparece en la legislación venezolana en el artículo 63 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio”, agregando que:

“contemporáneamente los textos constitucionales y legales no circunscriben la indemnización únicamente a la pérdida de la propiedad por expropiación, o por los hechos ilícitos de la Administración, sino que la extienden a cualquier lesión

110 G.O. N° 3.238 Extra. de 11-8-83.

111 Véase Allan R. Brewer-Carias, *Estudios de Derecho Público*, Tomo II (Labor en el Senado 1983), Caracas 1984, pág. 178.



a derechos o intereses legítimos, por ejemplo, las privaciones singulares de los atributos esenciales de la propiedad, a pesar de que provengan de sus actos lícitos...

...Por otro lado, observa la Sala, que los fundamentos constitucionales del régimen de responsabilidad antes señalado, se encuentran en los artículos 206 y 46 de la Constitución, que contempla el deber de indemnizar por parte de la Administración, derivados de su responsabilidad en general o por la actuación de sus funcionarios competentes, de donde se desprende su obligación de indemnizar los daños causados a los particulares, aun por sus actos lícitos, como serían los emanados de dichos funcionarios”¹¹².

En esta forma, el derecho administrativo, en la configuración de la responsabilidad del Estado, conforme a la orientación del derecho comparado y aún tardíamente, ha penetrado definitivamente en el derecho privado y sin dejar de aplicarse las normas del Código Civil para exigir la responsabilidad administrativa con falta, ha impuesto sus propias normas y principios respecto de la responsabilidad administrativa sin falta originada en actuaciones lícitas.

VIII. LA EXPANSION DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COMO MECANISMO DE DETENCION ANTE EL PROCESO DE HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Como puede apreciarse de todo lo anteriormente señalado, en el proceso de freno o detención de la huida del derecho administrativo, de recuperación de áreas de regulación perdidas y de afianzamiento de su estatuto, el papel más importante en el mismo lo han jugado los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, a pesar de que no terminan de ser, como lo exige la Constitución, los jueces de todas las Administraciones Públicas.

112 (Caso *Promociones Terra Cardón C.A.*) Véase en Allan R. Brewer-Carías y Luis A. Ortiz Álvarez, *Las grandes decisiones...*, cit. pág. 282-283. En la sentencia de la misma CSJ-SPA de 25-1-96 (caso *Hermes Figueroa vs. I.A. Ferrocarriles del Estado*), la Corte ha sido absolutamente precisa en señalar que “El fundamento para exigir una responsabilidad patrimonial del Estado varía si se trata de la llamada responsabilidad con falta o se trata de la llamada responsabilidad sin falta. En este último caso, se está frente a un caso de responsabilidad por acto lícito, acto respecto del cual la exigencia de indemnización viene dada por el principio de igualdad ante las cargas públicas. En cambio, en el caso de la llamada responsabilidad con culpa, de lo que se trata es de una exigencia de indemnización derivada de una actuación ilícita del Estado productora de daños”, *Idem*, pág. 307.

En efecto, como hemos señalado, han sido los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa los que han venido moldeando el régimen jurídico aplicable a las organizaciones estatales con formas de derecho privado, que no sólo es de derecho privado a pesar de que ello haya sido la intención de su creación, sino de derecho público, lo que se evidencia con la tendencia integradora del sector público y de su sometimiento completo a normas de derecho público. Por ello, ha sido frecuente el control ejercido por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa en relación a actos administrativos adoptados por empresas del Estado, constituyendo este sólo hecho de que se consideren como actos administrativos decisiones dictadas por personas jurídicas de derecho privado mercantil, una reacción recuperadora importante respecto de áreas que rige el derecho administrativo¹¹³.

En otros casos, sobre la reacción recuperadora del derecho administrativo, han sido los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativo, por ejemplo, los que han quitado el velo de la personalidad jurídica de derecho privado otorgado a una organización administrativa, que por las funciones y poderes que le han sido atribuidas, es más un instituto autónomo que una fundación del Estado y por tanto, sujeto al derecho administrativo con más preponderancia de lo que había sido la intención al crearla¹¹⁴.

En el campo de la función pública, también, como se ha señalado, han sido los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa y particularmente el Tribunal de la Carrera Administrativa, los que a pesar de la laboralización progresiva del Régimen de los funcionarios públicos, han venido afianzando el carácter estatutario del régimen, aplicable incluso a los funcionarios contratados¹¹⁵.

Por otra parte, han sido los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa los que han venido ampliando el concepto de acto administrativo, a pesar de que en casos aislados, como se ha visto, los criterios han sido

113 Por ejemplo, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo consideró como acto administrativo los adoptados por empresas del Estado en aplicación del procedimiento licitatorio regulado en la Ley de Licitaciones. Véase sentencia de 6-8-96 (*Caso Consorcio Hidroeléctrico Caroni vs. CVG Edelca*) (Consultada en original).

114 Véase sentencia CSJ-SPA de 15-7-92, (*Caso Arquímides Fajardo*), (Consultada en original).

115 Sentencia CPCA 10-11-94. (*Caso Teófilo Gutierrez- INOS*), (Consultada en original).



restrictivos. En todo caso, ha quedado claramente establecido por la jurisprudencia contencioso-administrativa, que todo acto administrativo puede ser objeto de control contencioso-administrativo, por lo que no puede haber actos administrativos que queden excluidos de control¹¹⁶. Es la tendencia a la universalidad del control que hemos destacado en otro lugar¹¹⁷, lo que ha permitido, como hemos señalado, someter a control de legalidad y constitucionalidad a los actos administrativos dictados por las Administraciones Públicas en función normativa y jurisdiccional, así como los actos administrativos dictados por otros órganos del Estado distintos a las Administraciones Públicas y por entes de derecho privado o de derecho público no estatales y por particulares, dictados en función normativa o administrativa¹¹⁸.

Pero a pesar de toda la expansión que ha venido teniendo el contencioso-administrativo en relación a su objeto de control y a la presencia del derecho administrativo, la verdad es que aún no se constituye en la jurisdicción especial de la Administración Pública, entendida esta expresión en el sentido señalado al inicio de estas reflexiones. Es decir, la jurisdicción contencioso-administrativa no constituye el fuero judicial específico del conjunto de sujetos de derecho que personifican al Estado, su organización y funcionamiento ni del ejercicio de la función administrativa o de la actividad Administrativa del Estado.

En efecto tal como está regulada en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia¹¹⁹, la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de demandas contra los entes estatales, sólo se refiere a las demandas contra la República y contra los Institutos Autónomos y las empresas del Estado Nacionales¹²⁰. En esta forma queda fuera del co-

116 Véase por ejemplo la sentencia de la CSJ-SPA de 11.8.93 en la cual se afirma que "la jurisdicción contencioso administrativa ...abarca, sin excepción, a todos los actos administrativos" por lo que desaplicó por inconstitucional el art. 519 de la Ley Orgánica del Trabajo que excluía el recurso contencioso-administrativo contra las decisiones de los inspectores del Trabajo favorable a los sindicatos. *Revista de Derecho Público* N° 55-56, Caracas 1993, pág. 390.

117 Véase Allan R. Brewer Carías, *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela*, Caracas 1993, págs. 19 y sigts.

118 *Idem* págs. 25 y sigts.

119 Arts. 42, ord. 15; 182, ord. 2 y 185, ord. 6, LOCSJ.

120 Así ha venido siendo interpretado por los órganos de la jurisdicción al aplicar la expresión "empresas del Estado", reservando la jurisdicción sólo a las nacionales. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Nuevas Tendencias ...*, p. 44 y sigts.

nocimiento de la jurisdicción contenciosos-administrativa, en primera instancia, las demandas contra los Estados y Municipios y contra los institutos autónomos y empresas del Estado estatales o municipales¹²¹, aún cuando en segunda instancia conocen de estas causas los Tribunales Superiores Contenciosos-Administrativos, mediante apelación¹²².

Debe destacarse, sin embargo, que en muchos casos, la forma de penetración de la jurisdicción contencioso-administrativa en campos que normalmente le están excluidos, como el de las demandas contra los Estados y Municipios, ha sido a través de la teoría de los actos separables, lo que ha permitido someter al conocimiento de la jurisdicción, los actos administrativos unilaterales que se han podido aislar de una relación jurídica contractual que se ha podido concebir como “de derecho privado” y cuyo conocimiento, por tanto, no correspondería a la jurisdicción contencioso-administrativa.¹²³

En todo caso, en una reforma de la ley que regula el contencioso-administrativo, sin duda, debe tender a configurarse la jurisdicción contencioso-administrativa como un fuero de las Administraciones Públicas, en su globalidad, de manera que para que la misma juzgue la actuación de estas no sea necesario acudir a mecanismo indirectos como el señalado.

Pero un aspecto de primera importancia, aún no resuelto totalmente en la jurisprudencia contencioso-administrativa misma, es el de que supuestamente los actos administrativos sometidos a conocimiento de los órganos de dicha jurisdicción serían sólo aquellos sujetos al derecho administrativo, —como si pudiera haber actos administrativos no sujetos a nuestra disciplina—, lo que ha permitido excluir del conocimiento de ellos actos administrativos supuestamente no sujetos al derecho administrativo. El artículo 206 de la Constitución, que precisa la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa para anular los actos administrativos contrarios a derecho, no distingue entre actos administrativos sujetos o no al derecho administrativo, por lo que el sólo planteamiento de esta posibilidad es inconstitucional.

121 Art. 183, ord. 1, LOCSJ.

122 Art. 182, ord. 3º, LOCSJ.

123 Véase por ejemplo, sentencia CSJ-SPA, 26.6.90 (*Caso Karl Wulf*), *Revista de Derecho Público* Nº 43, 1990, pp. 97-99.



Lamentablemente, en Venezuela, ha sido la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa la que ha introducido el tema, quizás por la inadecuada interpretación del texto del artículo 1º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española que al definir la competencia de esta la refiere a “las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo”¹²⁴. Esta redacción, incluso, ha influido en la redacción del artículo 1º del proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa propuesto, entre nosotros, por la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado¹²⁵.

Pero una cosa es hablar de “actos de la administración” y otra de “actos administrativos”. No todos los actos de la administración están sujetos al derecho administrativo¹²⁶ pero todos los actos administrativos si están sujetos al derecho administrativo. Lamentablemente las cosas se han mezclado y la conclusión ha sido que en algunos casos se ha resuelto que algunos actos administrativos no están sujetos al derecho administrativo.

En nuestro criterio, no puede haber un acto administrativo que no este “sujeto al derecho administrativo”, por lo que la definición de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa referida sólo a conocer de actos administrativos sujetos al derecho administrativo en nuestro criterio, no tiene sentido. Como se ha señalado, la interaplicación del derecho público y del derecho privado a las Administraciones Públicas es normal en el régimen de estas, con preponderancia de uno u otro, pero lo que no puede darse es un acto administrativo o una Administración Pública que sólo se rija por el derecho privado.

En una vieja sentencia de 1959, la antigua Corte Federal había precisado que “en toda pretensión que se proponga ante el órgano jurisdiccional

124 Véase por ejemplo la expresa indicación al antecedente español que se hace en la sentencia CSJ-SPA de 5-6-86 (*Caso Fetraeducación*), *Revista de Derecho Público* Nº 27, 1986 pp. 106 y sigts.

125 “Art. 1º.- La presente Ley regula la jurisdicción contenciosa prevista en el artículo 206 de la Constitución como la encargada de conocer las pretensiones relativas a la legalidad de los actos de la Administración Pública sujetos al derecho administrativo, así como las pretensiones que se deduzcan contra su actividad legal”, en COPRE, *Fortalecimiento del Estado de Derecho* Vol. 5, Caracas, 1990, pág. 331.

126 Véase por ejemplo lo resuelto en sentencia de la CPCA de 22-12-93, *Revista de Derecho Público*, Nº 55-56-, 1993, pág. 206

contencioso-administrativo, debe examinarse previamente si cae dentro de la esfera de esta jurisdicción por estar fundada en preceptos de derecho administrativo; porque ni una pretensión de este tipo puede ser deducida ante jurisdicción distinta, ni una pretensión con otro fundamento podrá ser examinada ante la jurisdicción contencioso-administrativa”.¹²⁷ Conforme a este criterio, la Corte Suprema de Justicia como órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, por ejemplo, declaró su incompetencia para conocer de un asunto que en definitiva se concretaba a definir la propiedad de unas tierras que habían sido objeto de una decisión municipal¹²⁸, pero nunca dejó de conocer de la impugnación de un acto administrativo por considerar que no estaba sujeto al derecho administrativo.

Pero posteriormente, en un sentencia de 5-6-86 y tratándose de la impugnación de una Resolución del Ministerio de Educación que había ordenado descontar un día de salario a los obreros al servicio de su Despacho, que evidentemente, un acto administrativo (art. 16 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), la Corte concluyó señalando, que se encontraban fuera de su ámbito de control “los actos de la Administración Pública emitidos con arreglo a otras ramas del ordenamiento jurídico positivo (civil, mercantil, laboral, etc.)”, siendo de su competencia, en cambio, “el conocimiento de las pretensiones que se dirijan a impugnar actos emitidos por los órganos de la Administración Pública en ejecución de normas de derecho Administrativo”¹²⁹.

El tema, por supuesto, es de primera importancia, pues se trata de establecer cuando hay una relación de derecho administrativo y cuando no la hay. La Corte Suprema ha razonado en torno a ello, así: “para que una relación de derecho administrativo aparezca, es necesario, por una parte que el Estado intervenga en la relación jurídica de que se trate, haciendo de la norma jurídica una norma obligatoria... Es decir, que el propio Estado acuda, a su poder de coacción, montando además un aparato administrativo encargado de la puesta en marcha, aplicación y ejecución de

127 Sentencia 3-12-59 G.F. Nº 26, p. 142.

128 Véase CSJ-SPA de 21.3.65 en Allan R. Brewer Carías y Luis Ortiz Álvarez, *Las Grandes decisiones.. cit. pag. 459.*

129 (Caso *Petraeducación*), *Revista de Derecho Público* Nº 27 1986 pp. 106-114.



esa normativa jurídico-pública”¹³⁰. Por tanto, de acuerdo a ello, el acto administrativo de un Ministro que ordenó descontar un día de salario a todos los obreros al servicio del Ministerio por haber realizado una huelga, pues conforme a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República no podía ordenar el pago de dicho salario por no tener el gasto la necesaria justificación, era sin duda un acto administrativo sometido al derecho administrativo. Sin embargo, la Corte no solo interpretó así y lo consideró como sometido al derecho del trabajo, excluyéndolo del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa¹³¹. En cambio, en sentencia de 30-3-87, la misma Corte Suprema, ante la impugnación de un acto administrativo del Ministerio del Trabajo convocando a una Convención Obrero Patronal para un tipo de actividad empresarial para negociar y concluir un Contrato Colectivo para esa rama empresarial, lo consideró, sin embargo como “de naturaleza administrativa y no directa y estrictamente laboral” y por tanto del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa¹³².

Precisamente, a esta variabilidad de decisiones es a lo que conduce, en un mundo de interaplicación del derecho público y del derecho privado a las Administraciones Públicas, la adopción de un criterio tan impreciso para definir la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa que de ser sólo respecto de los actos de la administración sujetos al derecho administrativo ha pasado a ser de actos administrativos supuestamente no sujetos al derecho administrativo. Ello ha provocado, con criterios variables un amplio aliviadero en la presa que necesariamente debe ser la jurisdicción contencioso administrativa, y que puede permitir el indebido escurrimiento de asuntos que deben ser juzgados por la misma.

En todo caso, lo que constitucionalmente es claro es que todo acto administrativo está sujeto a control contencioso-administrativo por parte de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que cualquier exclusión de un acto administrativo de control judicial de su conformidad con el derecho, es inconstitucional.

129 *Idem*

131 *Idem*.

132 Véase CSJ-SPA 30.3.87 caso ANSA, *Revista de Derecho Público* N° 33, 1988, pp. 124-125.

Por supuesto, además de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa ordinaria (Corte Suprema de Justicia, Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo y Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo) hay otros Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa especial que conocen de la nulidad de actos administrativos por lo que además de hablarse del contencioso tributario¹³³ y del contencioso agrario¹³⁴ también podría hablarse de un contencioso administrativo especial laboral, en los casos en los cuales los Tribunales del Trabajo, deben conocer de la impugnación de actos administrativos¹³⁵.

En efecto, de acuerdo con los artículos 425, 465 y 519 de la Ley Orgánica del Trabajo, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa y quedan excluidos de la jurisdicción laboral, el conocimiento de los recursos que se ejerzan contra decisiones del Ministro del Trabajo en los casos de negativa de registro e inscripción de organizaciones sindicales, o en los casos de oposiciones a convocatorias para negociaciones de convenciones colectivas. En cambio, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, corresponde a la jurisdicción laboral que se regula en los artículos 5 y 655 de la Ley Orgánica del Trabajo “conocer de los recursos contencioso-administrativos de anulación contra las decisiones de las autoridades del trabajo dictadas en aplicación de las normas de dicha Ley que regulan su “parte administrativa” a que se refiere su artículo 586”, como las adictas en los procedimientos de calificación de despido o de solicitudes de reenganche, por motivo de las inamovilidades que la misma Ley contempla (art. 456)¹³⁶.

En todo caso, frente a los intentos de huida del derecho administrativo que se han analizado, y que por sobre todo, pueden implicar que determinados actos o relaciones jurídicas escapen del sistema de garantías jurídicas que los administrados tienen frente al Poder, el muro de contención está en la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta es compe-

133 Código Orgánico Tributario, G.O. N° 4.727 Extra. del 27-5-94.

134 Véase por ejemplo sentencias CSJ-SPA de 30-9-82, 11-8-83, y de 19-7-94 citadas en *Revista de Derecho Público*, N° 50, 1992, pág. 192.

135 Véase CSJ-SPA de 9.4.92 (*Caso Bamundi*), *Revista de Derecho Público*, N° 50, 1992, pag. 192.

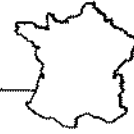
136 *Idem*, pags. 190-191.



tente conforme al artículo 206 de la Constitución, para declarar la nulidad de *actos administrativos* contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; para condenar a la reparación de daños y perjuicios originados en *responsabilidad de la administración*, y disponer lo necesario para el restablecimientos de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la *actividad administrativa*.

El ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, por tanto, gira en torno a la interpretación que los órganos de la misma han dado a las expresiones *acto administrativo*, *administración* y *actividad administrativa*, que, como se ha visto son conceptos claves del derecho administrativo. Por ello, en definitiva no sólo la construcción de nuestra disciplinaria, sino la detención del proceso de huida del derecho administrativo ha correspondido en Venezuela, fundamentalmente, a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativo, tareas en las cuales han realizado una encomiable labor, aun cuando en algunos aspectos, no exenta de críticas.

**L' APPLICATION DU DROIT
CONSTITUTIONNEL A L'ACTIVITÉ
ADMINISTRATIVE**



**L' APPLICATION DU DROIT CONSTITUTIONNEL
A L'ACTIVITÉ ADMINISTRATIVE**

Par Louis FAVOREU
Doyen honoraire de la faculté de droit, d' économie
et des sciences d' Aix- Marseille III
Président de l' Association française des constitutionnalistes

L' application du droit constitutionnel à l'activité administrative est un thème qui est abordé de plus en plus aujourd'hui en France, alors qu'il y a une quinzaine d'années ceux qui, comme moi, en traitaient apparaissaient comme peu en rapport avec la réalité. Heureuse coïncidence: c'est à Caracas en 1982, lors du XII Congrès de droit comparé que j'ai, pour la première fois, exposé «L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles»¹.

Il y a eu un changement profond qui s'est opéré: ce qui était exclu dans les années 70 est devenu aujourd'hui une réalité difficilement contestable.

Ce qui ne veut pas dire que le phénomène lui-même n'est pas l'objet de controverses car un certain nombre de spécialistes de droit administratif acceptent assez difficilement cette intrusion du droit constitutionnel dans l'activité administrative. Mais ce sont là des combats d'arrière garde qui, en toute hypothèse, cesseront progressivement dans la mesure où les nouvelles générations d'étudiants sont formés à cette pénétration du droit constitutionnel et savent que cela est inéluctable.

Nous avons annoncé cette évolution dès la fin des années 70 et au début des années 80 notamment dans un article dans la revue *Pouvoirs* intitulé «L'apport du Conseil constitutionnel au droit public», ainsi que dans une autre étude intitulée «L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit» (Mélanges Léo Hamon, 1982). A l'époque, nous soulignons.

¹. Le texte a été publié in *RFDA*, 1984, n° 0, pp. 174-186.

«que le phénomène de constitutionnalisation n' était pas encore perçu quand il n'était pas purement et simplement nié»

et nous ajoutions:

«formés à une époque où le droit ne pouvait être dit que par le Conseil d'État et la Cour de cassation, voire le Tribunal des Conflits, les juristes de droit public comme de droit privé, ne peuvent concevoir, ou tout simplement se résoudre à admettre, que quelque chose change dans l'ordonnement juridique français et que les juridictions suprêmes des ordres judiciaire et administratif ne sont plus la loi et le prophète».

Les choses ont très sensiblement changé aujourd'hui sans que toutefois disparaisse toute réticence à l'égard de cette expansion du droit constitutionnel jurisprudentiel: on peut citer à cet égard quelques opinions mettant en cause non pas le phénomène en lui-même mais surtout son développement, jugé trop important ².

En fait, l'évolution ne s'est produite qu'au cours des vingt dernières années. A cet égard, il serait inexact de la faire remonter à la célèbre controverse entre Georges Vedel ³ et Charles Eisenmann ⁴ sur les bases constitutionnelles du droit administratif: la controverse entre les deux éminents auteurs portait sur le point de savoir si la Constitution permettait de fonder un droit administratif autonome ce que Eisenmann contestait notamment en doutant que les prérogatives et sujétions «par lesquelles le doyen Vedel caractérisait le régime Administratif» puissent trouver un fondement quelconque dans la Constitution.

C'était une discussion sur la justification de l'existence d'un régime administratif c'est-à-dire un droit autonome ou spécifique par rapport au droit privé ou aux autres branches du droit. Ce débat se situait dans la perspective de la distinction et de l'autonomie du droit public par rapport

². Voir numéro spécial de *l'Actualité juridique de droit administratif*, 20 juin 1995, «Le droit administratif, des principes fondateurs à l'effectivité de la règle: bilan et perspectives d'un droit en mutation».

³. Georges VEDEL, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, EDCE, 1954, n° 8, et, sous le même titre, la contribution du doyen Vedel à *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica, 1986, p. 133.

⁴. Charles EISENMANN, La théorie des «bases constitutionnelles du droit administratif», *RDP*, 1972, pp. 1345-1441.



au droit privé, tandis que le phénomène de la constitutionnalisation des branches du droit tend au contraire à effacer la distinction entre droit public et droit privé. D'ailleurs, en 1974, dans sa contribution aux *Mélanges Waline*, intitulée «*Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif*», Georges Vedel se propose de montrer: «en quoi consiste la très large indépendance ou... la différence des tournants du droit administratif par rapport à ceux du droit constitutionnel». Ceci explique, lors d'un colloque tenu en 1989⁵, il pouvait dire propos de sa controverse avec Eisenmann qu'elle était obsolète. Et il ajoutait: on pouvait écrire un livre de droit administratif, il y a trente ans, sans un mot de droit constitutionnel, alors que «aujourd'hui, même les auteurs qui défendent le plus fortement la séparation des disciplines sont obligés d'insérer de longs développements de droit constitutionnel dans leurs ouvrages de droit administratif».

La Constitution de 1958 a donc radicalement changé les choses et les situations du droit public sous la III^e et IV^e République d'une part, et sous la Ve République d'autre part, ne sont plus comparables. Plus exactement, c'est la Constitution, telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel qui a profondément changé les choses. En effet, depuis 20 ans, se développe un processus de constitutionnalisation des branches du droit qui est encore en cours d'évolution et dont les résultats ne sont pas encore totalement perceptibles. Nous proposons tout d'abord de décrire et d'expliquer ce phénomène avant de montrer l'impact considérable qu'il a sur l'ordre juridique notamment en ce qui concerne l'activité administrative et par répercussion, sur les rapports entre droit public et droit privé.

I. COMMENT SE FAIT L'APPLICATION DU DROIT CONSTITUTIONNEL A L'ACTIVITE ADMINISTRATIVE ?

En 1968, il y a presque trente ans, était publiée une thèse intitulée «Le Conseil d'état, juge constitutionnel»⁶ thèse décrivant les cas d'application

⁵ G. VEDEL, «La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989, *RFDC*, 1-1990, pp. 5 à 15. Ce texte est la retranscription du rapport de synthèse présenté in *Actes du colloque de l'Association française des constitutionnalistes* (Paris 16-17 mars 1989), La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989, *Economica-PUAM*, coll. Droit public positif, 1990, pp. 171 à 178.

⁶ Francine BATAILLER, *Bibliothèque de Droit public*, Paris, LGDJ, 1968, Préface Georges Vedel.

du droit constitutionnel à l'activité administrative. A lire cet ouvrage, on constatait que les cas d'application des dispositions de la Constitution par les juridictions administratives, et notamment par le Conseil d'Etat étaient plutôt rares et concernaient essentiellement des questions institutionnelles relatives au fonctionnement des pouvoirs publics.

Au milieu des années 90, la situation n'est plus du tout la même et nous avons pu consacrer dans le Répertoire Dalloz de contentieux administratif, une rubrique au «Contentieux constitutionnel des actes administratifs». Les praticiens sont invités à utiliser les normes constitutionnelles pour nourrir leur argumentation devant les tribunaux. Le contentieux de légalité des actes administratifs tend à être de plus en plus aussi celui de la constitutionnalité des actes administratifs, démarche évidemment inhabituelle en droit public français.

La transformation, même certains diront la «révolution» s'est opérée plus lentement que dans les pays voisins de la France comme l'Allemagne ou l'Italie, pour des raisons techniques, telles que l'absence de contrôle de constitutionnalité a posteriori en France, mais aussi pour des raisons historiques: après avoir connu des régimes autoritaires, ces pays acceptaient avec enthousiasme la constitutionnalisation de leur droit, synonyme de libéralisation et de démocratie, alors qu'en France, la nécessité de la transformation de l'ordre juridique et politique était moins forte.

1. Les facteurs de transformation

Il est évident tout d'abord que l'évolution n'aurait pas eu lieu si la Constitution était restée telle qu'elle se présentait en 1958 avec ses 92 articles.

En effet, conformément à la tradition française depuis la III^e République, le droit constitutionnel se présente essentiellement comme un énoncé de règles d'établissement et de fonctionnement du pouvoir politique et ne fait pas de place, contrairement aux Constitutions modernes, un énoncé des droits fondamentaux protégés.

En 1971⁷, le Conseil constitutionnel a opéré une véritable révolution en estimant que désormais ferait partie de ce que j'ai appelé à l'époque le

⁷. Décision du juillet 1971, cf. L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 8^e éd., 1995, p. 244.



bloc de constitutionnalité, non seulement la Constitution proprement dite de 1.958, mais aussi la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1.789, ainsi que le Préambule de la Constitution de 1.946, auquel s'ajoutent les «principes fondamentaux reconnus par les lois de la République» auxquels celui-ci renvoie. Avec cet ensemble composé de quatre éléments, la France est ainsi dotée d'une Constitution moderne comportant une double déclaration des droits: la première contenant l'essentiel des droits et libertés classiques de la première génération et la seconde les droits économiques et sociaux de la deuxième génération, le pont étant établi entre 1789 et 1946 grâce aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République qui sont essentiellement les principes fondamentaux de la III^e République.

Un autre facteur de transformation complémentaire du précédent tient à la révision constitutionnelle qui, le 29 octobre 1974, a donné la possibilité à 60 députés (c'est-à-dire environ un peu moins du 1/10^e de l'Assemblée) ou à 60 sénateurs (environ 1/5^e du Sénat) de saisir le Conseil constitutionnel d'une loi votée mais non encore promulguée alors que jusque là seules les quatre plus hautes autorités de l'Etat (Président de la République, Premier ministre, Président du Sénat, Président de l'Assemblée nationale) pouvaient contester la régularité de la loi et introduire un recours dans les mêmes conditions. Cette réforme allait avoir des conséquences considérables en ce sens que, alors qu'en quinze ans de 1959 à 1974, neuf lois seulement avaient été déférées au juge constitutionnel, près de 229 textes ont été soumis au Conseil constitutionnel de 1975 à 1996. Il en est résulté un développement considérable de l'interprétation de la Constitution et notamment des dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et du Préambule de 1946, dispositions protégeant plus particulièrement les droits et libertés fondamentaux.

S'est ainsi constitué un formidable réservoir de normes constitutionnelles pouvant être utilisées non seulement pour contrôler la validité des lois mais aussi celle des actes administratifs, juridictionnels et voire de droit privé. Ce "stock" de normes constitutionnelles allait-il être utilisé? Il y a eu longtemps un grand scepticisme en droit français. On avait l'impression en effet que le Conseil d'Etat et les juridictions administratives refuseraient de faire application des décisions et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans leur contrôle de l'activité administrative⁸. Or,

⁸. Je faisais état de cette incertitude dans mon rapport précité au Congrès de Caracas en 1982.

contrairement aux prévisions pessimistes et conformément à ce que nous avons toujours soutenu progressivement le juge administratif a appliqué le droit constitutionnel ou plus exactement appliqué les normes constitutionnelles telles que dégagées par l'interprétation du Conseil constitutionnel. Et si, lors du colloque *Conseil d'État Conseil constitutionnel* en 1988, il subsistait encore quelques doutes, cette réception des normes constitutionnelles par le juge administratif est admise et reconnue aujourd'hui. Le Conseil d'État a expressément et officiellement reconnu l'autorité de chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel dans un premier arrêt d'assemblée *Société des établissements Outters* du 20 décembre 1985⁹ et dans des décisions postérieures de 1986 et 1987. Il a réitéré de manière encore plus claire sa position dans un autre arrêt d'assemblée du 11 mars 1994 *Société La Cinq*¹⁰.

Ce qui est particulièrement significatif c'est que le Conseil d'État a non seulement admis que s'imposait à lui la solution du Conseil constitutionnel mais également "les réserves d'interprétation" c'est-à-dire l'interprétation de la loi contrôlée donnée par le juge constitutionnel, interprétation qui, selon le juge constitutionnel, conditionnait sa validité. Le Conseil d'État a donc accepté l'autorité de ce qu'on appelle "les réserves d'interprétation" et il l'a fait en termes très clairs dans l'arrêt *Société La Cinq*:

"considérant qu'en se prononçant sur la conformité à la Constitution du texte adopté par le Parlement... le Conseil constitutionnel, par sa décision n° 248 DC du 17 janvier 1989 a estimé... que les pouvoirs de sanction dévolus au Conseil supérieur de l'audiovisuel ne sont susceptibles de s'exercer... qu'après mise en demeure...; que c'est sous réserves de cette interprétation que les articles en cause ont été déclarés conformes à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et à l'article 34 de la Constitution...".

Certes, le Conseil d'État et les juridictions administratives ne sont pas tenus de suivre la *jurisprudence* du Conseil constitutionnel: en effet, l'obligation qui leur est faite par l'article 62 de la Constitution aux termes duquel "les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent à toutes les autorités administratives et juridictionnelles", ne pèse pas sur le juge administratif lorsqu'il a à appliquer une loi autre que celle qui a fait l'objet du contrôle

⁹ CE, ass. 20 déc. 1985, *Société des établissements Outters*, D. 1986, p. 283, note L. FAVOREU, *RFDA* 1986, p. 513, concl. P. Martin.

¹⁰ Leb. 1994, p. 118; *AJDA*, 1994, p. 402.



par le Conseil constitutionnel. Mais en fait, de plus en plus souvent le juge administratif va appliquer à des cas analogues la jurisprudence dégagée par le Conseil constitutionnel et l'interprétation que celui-ci a donnée de la Constitution. C'est ce que résume parfaitement le Commissaire du gouvernement dans l'arrêt précité du 11 mars 1994 *Société anonyme La Cinq*:

"...il est à peine besoin de rappeler que les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent à toutes les juridictions en vertu de l'article 62 al. 2 de la Constitution. Si vous conservez, certes, la faculté - dont, d'ailleurs, vous n'avez usé qu'avec la plus extrême prudence - de ne pas suivre le Conseil constitutionnel lorsque vous êtes seulement saisis de questions analogues à celles qui ont pu lui être soumises, vous vous trouvez, donc en revanche, normalement tenus de vous conformer à sa jurisprudence lorsque vous avez appliqué, comme tel est le cas en l'espèce, le texte même sur lequel celui-ci s'est prononcé... Enfin, l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel n'est, selon nous, pas moindre lorsque celui-ci procède, comme il l'a fait en l'espèce, par la voie de réserves d'interprétation conditionnant la constitutionnalité d'une loi. En toute hypothèse, en effet, les réserves émises constituent le soutien nécessaire à la déclaration de conformité et s'incorpore en quelque sorte à celui-ci, toute interprétation contraire à ces réserves ayant, par hypothèse, pour effet de le rendre inconstitutionnel."

Un dernier facteur de transformation a été l'acceptation progressive de ce que j'appellerai la normativité de la Constitution.

En effet, les juristes français ont reçu une formation excluant la force juridique des dispositions constitutionnelles. Traditionnellement en France, la Constitution, en tant que telle, ne peut être appliquée en tant que règle de droit aux litiges ordinaires, à la différence, de pays de plus en plus nombreux dans lesquels les règles constitutionnelles sont des règles directement applicables. Ceci est en train de changer progressivement et il est admis aujourd'hui de plus en plus fréquemment que «la Constitution c'est du droit». Certes, ce sont les jeunes générations qui acceptent le mieux cette conception mais nul doute qu'elle triomphera dans quelques temps et ce de manière irréversible.

2. Les obstacles

Les obstacles dont il est parfois fait état se révèlent être en réalité de faux obstacles.

- Il est avancé tout d'abord que le système français est imparfait dans la mesure où il n'y a pas une possibilité pour le juge constitutionnel de s'assurer que les autorités administratives et les juridictions appliquent bien ses décisions ou du moins les font respecter. Et il est fait allusion alors aux systèmes étrangers tels que ceux d'Espagne ou d'Allemagne, voire d'Italie dans lesquels il est possible aux individus de faire vérifier que les décisions des Cours constitutionnelles sont prises en considération par les juges ou par les autorités administratives.

En fait il n'est pas certain que les systèmes étrangers fonctionnent toujours de manière efficace malgré les précautions prises. Mais, en toute hypothèse, en France malgré l'absence de mécanisme contraignant, on constate de plus en plus que le juge administratif notamment prend en considération non seulement les décisions du Conseil constitutionnel mais également sa jurisprudence même. Ceci est dû au fait qu'il est très difficile au Conseil d'État de ne pas tenir compte d'une jurisprudence innovatrice, notamment en matière de droits et libertés fondamentaux.

Le second obstacle mis en avant est celui tiré de la fameuse théorie dite de la loi-écran, en vertu de laquelle le juge administratif et parfois aussi le juge judiciaire écarte le grief d'inconstitutionnalité formulé contre un acte administratif au motif qu'il n'est pas possible de vérifier le bien fondé de ce grief sans mettre en cause la constitutionnalité de la loi qui sert de support à l'acte administratif. On sait, en effet, qu'en France, le juge ordinaire, tant judiciaire qu'administratif s'interdit de vérifier la constitutionnalité d'une loi. Dès lors, la loi fait écran entre l'acte administratif et la Constitution. En réalité, cette théorie a souvent servi de prétexte au Conseil d'État pour écarter l'examen de la constitutionnalité de l'acte administratif. Et, aujourd'hui, de plus en plus souvent, le juge administratif n'hésite pas à confronter directement l'acte administratif à la Constitution utilisant parfois ce qu'on a appelé la technique de l'écran transparent.

Le véritable obstacle réside dans l'ignorance de la jurisprudence constitutionnelle manifestée par la plupart des praticiens, avocats et magistrats. Ceux-ci, en effet, ont été soit formés à une époque où cette jurisprudence n'existait pas, soit n'ont pas été sensibilisés à l'existence d'une telle jurisprudence et n'en ont pas pris l'habitude de s'en servir.



C'est donc essentiellement une question de formation et d'acquisition des réflexes constitutionnels qui devrait être résolue progressivement, au fur et à mesure que les nouvelles générations de juristes s'installeront.

- En définitive, comme le note dans la dernière édition de son manuel un auteur qui fait autorité en matière de droit administratif ¹¹, la séparation que l'on pouvait constater entre droit administratif et droit constitutionnel "a pris fin après quelques signes annonciateurs dans les années 1990, le juge statuant désormais quand il y a lieu sur le fondement même des principes constitutionnels, tels notamment qu'ils sont formulés dans le Préambule de la Constitution (dont la Déclaration de 1789 est un élément essentiel). Quoi de plus normal que cette fin, et même quoi de plus inévitable, compte tenu de l'effectivité que, par la grâce de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la Déclaration (de 1789) a finalement acquise".

René Chapus a ainsi renoncé à affirmer que deux ordres juridiques, celui du Conseil constitutionnel et celui du Conseil d'État, pouvaient coexister ainsi qu'il le faisait encore lors du Colloque *Conseil d'État Conseil constitutionnel* de 1988: nous avons alors, l'un et l'autre, exposé deux thèses différentes, lui penchant pour la dualité de l'ordre juridique tandis que je me prononçais pour l'unité de cet ordre sous l'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ¹².

II. QUELS SONT LES RÉSULTATS AUXQUELS A ABOUTI L'APPLICATION DU DROIT CONSTITUTIONNEL À L'ACTIVITÉ ADMINISTRATIVE?

La question appellerait de nombreuses réponses qu'il faudrait développer longuement. Nous nous bornerons ici à dresser un tableau des conséquences ou des manifestations de l'application du droit constitutionnel aux activités de l'administration, en notant d'ailleurs que ceci a non seulement un impact sur le droit administratif lui-même, mais également sur les rapports entre droit administratif et droit privé.

¹¹. René CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, 10e ed., 1966, p.8.

¹². Actes du colloque *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, Sénat, Paris, 21-22 janvier 1988, LGDJ, Montchrestien, 536 p.

1. Les conséquences sur le droit administratif de l'application du droit constitutionnel à l'activité administrative.

Il s'agit ici de donner un aperçu de l'importance et de la variété des conséquences aujourd'hui constatables dans divers domaines du droit administratif.

A) Incontestablement tout d'abord les répercussions se sont produites en matière d'actes administratifs et notamment en ce qui concerne les règlements et les ordonnances.

Au début de la V^e République, il avait été dit et écrit que la place du pouvoir réglementaire serait considérablement modifiée dans la mesure où il était appelé à devenir le pouvoir normatif de droit commun par interprétation des articles 34 et 37 de la Constitution (le premier définissant le domaine de la loi et le second, indiquant que tout ce qui n'était pas du domaine de la loi était du domaine du règlement). En fait, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat lui-même ont largement neutralisé la portée de ces dispositions constitutionnelles et aujourd'hui il est admis que le domaine de la loi recouvre pratiquement toutes les matières et pas seulement celles énumérées à l'article 34 de la Constitution.

Il serait trop long de donner une explication complète de ce phénomène. On notera cependant qu'il en est découlé l'abandon de la distinction entre règlements d'exécution et règlements autonomes et que ceux-ci sont désormais difficilement décelables: comme nous avons pu le montrer, ils n'existent pas¹³. Ce qui ne veut pas dire que le système français des sources ressemble exactement aux systèmes étrangers; il conserve certaines particularités ainsi que nous avons eu l'occasion de l'exposer dernièrement au colloque de l'Association italienne de droit constitutionnel, à Parme (24-25 novembre 1995).

Les ordonnances, appelées «décrets-lois» sous les III^e et IV^e Républiques, ont également subi une mutation importante au cours des 37 années d'application de la Constitution. En effet, la procédure prévue par l'article 38 de la Constitution, permettant au gouvernement de prendre des mesures à la place du pouvoir législatif, a connu un succès très relatif sous la V^e République puisqu'on compte un nombre limité d'applications: une

¹³. L. FAVOREU, «Les règlements autonomes n'existent pas», *R.F.D.A.*, 1987, n° 6, pp. 871-884.



trentaine, une quarantaine en un peu moins de 40 ans. Cela résulte du fait que le Conseil constitutionnel a rendu très difficile l'utilisation de cette procédure par les exigences successives qu'il a imposées quant à la régularité du mécanisme. Certes, le Conseil d'Etat reste compétent pour connaître de la régularité des ordonnances non ratifiées, mais à part deux arrêts au début des années 60, venant prononcer l'abrogation d'ordonnances non ratifiées, il n'y a pas eu depuis de véritable censure de ces ordonnances. C'est donc finalement le Conseil constitutionnel qui, soit avant l'édiction de ces ordonnances, soit après leur édiction, au moment de l'examen de la loi de ratification, va assurer un contrôle ¹⁴.

B) Un autre domaine concerné par l'influence de l'application du droit constitutionnel est incontestablement celui des établissements publics et des collectivités territoriales.

S'agissant des établissements publics, le Conseil constitutionnel a donné progressivement de ceux-ci à travers l'interprétation de l'article 34, une définition qui n'a pas été sans conséquences en droit administratif notamment quant à la distinction entre établissements publics administratif et établissements publics à caractère industriel et commercial. Cette évolution s'est faite il y a déjà quelque temps et elle s'est prolongée notamment lorsque le Conseil constitutionnel est revenu sur la notion de catégorie d'établissements publics au cours d'une affaire relative à une modification de la loi sur les Universités en 1993 ¹⁵. On peut évoquer aussi la question des services publics: en statuant sur la régularité des nationalisations puis des privatisations le Conseil constitutionnel a contribué en quelque sorte à définir ce qu'étaient les services publics exigés par la Constitution, c'est-à-dire les services publics dont l'existence est prévue par la Constitution et qu'il serait impossible de privatiser. La notion de service public constitutionnel est ainsi apparue.

Il y a eu aussi toute une série de décisions qui ont modifié sensiblement le droit administratif des collectivités territoriales. Tout d'abord, l'affirmation, à partir des articles 34 et 72, d'un principe constitutionnel de libre

¹⁴. «Ordonnances ou règlements d'administration publique ? (la destinée singulière des ordonnances de l'article 38 de la Constitution)», *R.F.D.A.*, 1987, n° 5, pp. 686-699.

¹⁵. Décision n° 93-322 DC du juillet 1993, *RJCI*-533.

administration des collectivités territoriales confronté avec le principe d'indivisibilité de la République a produit une série de conséquences non négligeables sur le statut des collectivités territoriales métropolitaines comme sur celles de l'outre mer. Les normes constitutionnelles font désormais partie du statut des communes, des départements, des régions, des départements d'outre-mer et des territoires d'outre-mer. Le Conseil d'Etat s'est d'ailleurs appuyé récemment sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel à propos des territoires d'outre-mer pour réduire quelque peu leur autonomie normative. Un ouvrage récent a pu être ainsi consacré au droit constitutionnel local ¹⁶.

C) Le principe de légalité lui-même a connu des transformations.

La loi et les principes généraux du droit continuent à tenir une place importante dans le contrôle des actes administratifs, mais désormais il faut aussi de plus prendre en considération les normes constitutionnelles, soit contenues dans le texte de la Constitution de 1958, soit dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, soit dans le Préambule de la Constitution de 1946, et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Il en est résulté une altération, en quelque sorte, de la théorie des principes généraux du droit et une diminution de leur importance qualitative. On assiste en effet depuis quelques années à une absorption des principes généraux du droit par les normes constitutionnelles correspondantes: par exemple, on ne va plus invoquer les principes généraux du droit lorsque l'on pourra appliquer directement la déclaration des droits ou le Préambule de la Constitution de 1946. C'est ce que le professeur Chapus notait (plus haut) à propos de la réduction de la dualité des ordres juridiques. En outre les principes généraux du droit sont désormais considérés comme n'ayant qu'un rang infra législatif et le Conseil d'Etat vient de le reconnaître dans l'arrêt Kone de juillet 1996 ¹⁷, en marquant bien que pour assurer une confrontation avec un traité international... les principes généraux du droit n'étaient pas suffisants et qu'il fallait avoir recours à des normes supérieures.

D) Sont concernés aussi d'autres domaines du droit administratif tels que la responsabilité administrative, la fonction publique, la domanialité publique, les sanctions administratives.

¹⁶. Voir André ROUX, *Droit constitutionnel local*, Paris, Economica, 1996.

¹⁷. CE, 3 juillet 1996, *Koné*.



Sur ce dernier point on notera une évolution du droit des sanctions administratives qui est décrite dans un rapport fait par le Conseil d'Etat et publié dans le dernier numéro d'*Etudes et documents du Conseil d'Etat*. Ce rapport montre bien qu'il y a eu un changement dû notamment aux prises de position du Conseil constitutionnel dans plusieurs affaires et notamment dans l'examen du statut de la COB (Commission des opérations de Bourse) et du CSA (Conseil supérieur de l'audiovisuel) en 1989. Le Conseil constitutionnel a certes reconnu qu'il n'était pas contraire au principe de séparation des pouvoirs que l'administration puisse être répressive, et infliger des sanctions, mais il a fixé des limites assez fortes assez strictes à ce pouvoir. On renverra d'ailleurs en droit comparé à l'ouvrage majeur de Franck Moderne, sur les sanction administratives ¹⁸.

S' agissant de la fonction publique on peut aussi constater une série d'évolutions dues au droit constitutionnel. Tout d'abord en matière de fonction publique territoriale, c'est-à-dire fonction publique communale, départementale ou régionale. Le Conseil constitutionnel a pratiquement imposé la compétence législative qui n'était pas évidente au début et cela a été l'occasion de renforcer les garanties accordées à ses fonctionnaires. Quant aux fonctionnaires de l'Etat on citera simplement ce qui a trait au recrutement au tour extérieur dans les grands corps, recrutement qui est désormais soumis à un contrôle de la part du Conseil d'Etat appliquant une jurisprudence du Conseil constitutionnel à propos des capacités de ceux qui sont nommés au tour extérieur. Le Conseil constitutionnel avait en effet, en 1984, fait valoir que tout fonctionnaire même recruté au tour extérieur devait satisfaire des conditions et des capacités rappelées par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

2. Les répercussions de l'application du droit constitutionnel à l'activité administrative sur les relations entre droit administratif et droit privé

Comme dans une sorte de jeu de billard, l'application du droit constitutionnel à l'activité administrative a des répercussions également sur les relations entre le droit administratif et le droit privé.

¹⁸. Franck MODERNE, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, Economica, 1993.

1) Ceci va se marquer tout d'abord en matière de délimitation des compétences entre les juridictions administratives et les juridictions judiciaires.

Ceci a été provoqué d'une part par l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel de l'article 66 de la Constitution et d'autre part par l'interprétation donnée au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires.

L'article 66 de la Constitution confie la garde de la liberté individuelle à l'autorité judiciaire. Cette formule qui au départ semblait en pas avoir une grande portée et être simplement une clause de style, allait en réalité se révéler contenir toute une série d'applications dégagées par la jurisprudence du Conseil constitutionnel à partir des années 70. Progressivement en effet le Conseil constitutionnel allait donner de la liberté individuelle une définition assez large incluant non seulement ce que l'on appelle la sûreté, mais aussi la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile et de la correspondance, et même la protection de la vie privée. Dès lors le champ des compétences du juge judiciaire s'entendait au détriment de la zone de compétences du juge administratif. Alors surtout que par une décision du 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*¹⁹, le Conseil constitutionnel faisant référence à la "conception française de la séparation des pouvoirs", établit une sorte de partage de compétences entre les deux ordres de juridictions et en même temps d'ailleurs fonder la dualité de juridictions, en indiquant que certains domaines relevaient par nature du juge judiciaire et d'autres du juge administratif et que les autres domaines non visés pouvaient être attribués par le législateur soit au juge judiciaire, soit au juge administratif.

Ceci allait entraîner des conséquences quant à la répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions. Par exemple le juge judiciaire, s'appuyant sur l'habilitation constitutionnelle donnée par l'article 66, allait désormais se reconnaître compétent pour apprécier la légalité des actes administratifs réglementaires et même des actes administratifs individuels en contradiction avec une jurisprudence ancienne et notamment consacrée dans l'arrêt *Avranches et Desmarets* qui d'ailleurs

¹⁹. L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 1995, 8^e éd., n° 41, pp. 687-702.



a disparu de la 11^e édition du recueil *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. D'autres grands arrêts pourraient être également supprimés comme par exemple l'arrêt *Dame de la Murette*, à propos d'atteinte grave à la liberté individuelle car comme le dit R.Chapus:

«au regard de ce qu'est la considération que l'on porte actuellement à l'article 66 de la Constitution et dont on sait ce qui en résulte dans le contentieux de la rétention administrative, la jurisprudence du Tribunal des conflits, apparaît comme une jurisprudence d'un autre temps. Il n'y a pas grand risque d'erreur à penser que ses jours sont comptés»²⁰.

Dans le même ordre d'idée, on peut dire aussi que la théorie de la voie de fait devrait être complètement reconsidérée car on assiste aujourd'hui à une inflation de décisions des juridictions judiciaires statuant après avoir constaté une voie de fait à l'encontre de l'administration alors que visiblement les conditions d'existence de celle-ci ne sont pas réunies. Il vaudrait mieux, comme il a été proposé, en revenir à une définition plus stricte de la voie de fait qui consisterait à dire qu'il en s'agit pas d'atteinte grave aux libertés fondamentales mais seulement d'atteinte à la liberté individuelle qui est l'une des libertés fondamentales.

D'autres remarques pourraient être faites à propos des changements apportés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel à la délimitation des compétences entre juridictions judiciaires et juridictions administratives: à tel point d'ailleurs que l'on a pu dire qu'il y avait substitution du Conseil constitutionnel au Tribunal des conflits, de plus en plus.

La question relative aux rapports droit administratif/droit privé (et plus particulièrement droit du travail) en matière sociale est intéressante à étudier quant au point suivant: l'on assiste à un rapprochement entre les status normatifs du règlement administratif de la convention collective considérés tout deux par le Conseil constitutionnel comme les mesures d'exécution de la loi. Cette assimilation de la convention collective, qui est théoriquement un contrat de droit privé, à un règlement administratif provoque quelques troubles parmi les spécialistes de droit du travail.

Toujours dans le domaine du droit social, on observera que la Cour de cassation a pris, sous l'influence de la jurisprudence du Conseil

²⁰. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 10^e éd., p. 787, n° 936

constitutionnel, une position plus nette et plus conforme à la Constitution que celle du Conseil d'État à propos du droit de grève, ou plus exactement à propos d l'autorité compétente pour fixer les conditions d'exercice du droit de grève. En France, le droit de grève est reconnu comme un droit constitutionnel depuis la Constitution de 1946 et l'arrêt Dehaene du Conseil d'État de 1950²¹. Mais le Préambule de la Constitution de 1946 dispose que «le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglement». Et le Conseil d'État dans le même arrêt *Dehaene* avait admis au départ que si les lois n'étaient pas votées, on pouvait considérer que le pouvoir réglementaire pouvait intervenir pour combler le vide juridique. Cette jurisprudence est encore maintenue aujourd'hui malgré l'intervention de décisions du Conseil constitutionnel qui, à partir de 1979, ont affirmé pourtant que la compétence en ce domaine revenait au législateur. La Cour de cassation, quant à elle, dans un arrêt de Juin 1995, vient de prendre une position plus conforme à l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel à la Constitution, ce qui met en porte à faux d'ailleurs le Conseil d'État: en effet, la Cour de cassation a considéré qu'à défaut de loi, une convention collective en pouvait réglementer le droit de grève et qu'il y avait là une inconstitutionnalité. Cette solution est assez remarquable car elle montre que parfois donc le Conseil d'État est dépassé par la Cour de cassation sous l'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

On pourrait, enfin, aussi signaler le cas du contrôle de l'administration fiscale qui sous l'influence de la jurisprudence constitutionnelle devient de plus en plus strict tant chez le juge administratif que chez le juge judiciaire. Le juge judiciaire, par exemple se montre de plus en plus exigeant en matière de ce qu'on appelle les perquisitions fiscales, c'est-à-dire les visites domiciliares ordonnées par l'administration fiscale.

Également, s'agissant de l'administration fiscale, le Conseil d'État a été amené à modifier sa position en ce qui concerne la motivation des sanctions et cela sous l'influence du Conseil constitutionnel.

En conclusion, deux idées peuvent être avancées à propos des effets de l'application du droit constitutionnel à l'activité de l'administration.

²¹. CE Ass. 7 juillet 1950, *Rec* 426, M. Long, P. Weil, G. Braibandt, P. Delvolvé, B. Genevois, *GAJ*, Collection Droit Public, 1^{re} ed., 1955, n° 77



Tout d'abord, cela produit incontestablement un effacement de la frontière entre droit public et droit privé. En effet, la caractéristique des normes constitutionnelles est de s'appliquer à l'ensemble des domaines du droit car elles sont en quelque sorte supérieures à l'ensemble des autorités. L'autonomie des diverses disciplines juridiques basées souvent sur un certain nombre de principes généraux qui leur sont propres, tend à s'estomper au profit d'une interprétation uniforme du droit. Le justiciable ne peut que bénéficier de cette évolution car cela augmente la sécurité juridique est une des principales garanties qui lui soient offertes. Les diverses disciplines juridiques ne voient pas d'un très bon oeil évidemment cette atténuation de la spécificité et au premier rang, notamment le droit administratif. Mais on a dépassé le stade d'une résistance à cette influence grandissante du droit constitutionnel et aujourd'hui on considère qu'elle doit s'opérer et que d'ailleurs peut-être elle peut éventuellement limiter l'influence du droit européen, et notamment du droit communautaire.

La deuxième constatation est que l'application du droit constitutionnel à l'activité administrative renforce notablement le contrôle sur l'action administrative et cela au bénéfice des individus et des administrés. Les garanties sont plus fortes qu'auparavant grâce à l'appui que donne la référence aux normes constitutionnelles.

ÉLÉMENTS DE BIBLIOGRAPHIE

«L'apport du Conseil constitutionnel au droit public», *Pouvoirs*, 1980, n° 13.

«L'influence de la jurisprudence du Conseil contitutionnel sur les diverses branches du droit», *Mélanges en hommage à Léo Hamon, Itinéraires*, Economica, 1981, pp. 235-244

«L'effet des décisions du Conseil constitutionnel à l'égard du juge administratif», 13e Journées juridiques franco-italiennes de la Société de législation comparée, Paris, 8-9 octobre 1.987.

«L'aplication des décisions du Conseil constitutionnel par le Conseil d'État et le Tribunal des conflits (bilan provisoire)», *R.F.D.A.*, 1.987, n° 2, pp.264-280.

«Dualité ou unité d'ordre juridique: Conseil constitutionnel et Conseil d'État participent-ils de deux ordres juridiques différents?», Colloque *Conseil constitutionnel et Conseild'État*, Sénat, Paris, 21-22 janvier 1.988.

«L'application des normes constitutionnelles et des décisions du Conseil constitutionnel par le juge administratif (nouveaux développemenst)», *R.F.D.A.*, 1.989, n° 1, p.142-154.

«La constitutionnalisation du droit», *Mélanges en hommage à Roland Drago, L'unité du droit*, 1.996, Economica, p. 25-42.

**LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE
POLICIA Y LA GARANTIA DE LOS
DERECHOS CONSTITUCIONALES**



LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE POLICIA Y LA GARANTIA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Por Tomás Hutchinson (*)
Profesor titular (por concurso) de Derecho
Administrativo en las Universidades Nacionales
de La Plata y Mar del Plata y de la
Universidad de Belgrano.

I. INTRODUCCION

Tradicionalmente, cuando se estudiaba la actividad de la Administración limitativa de los derechos y libertades individuales, en aras del interés público, se solía encarar tal tema dentro de la categoría denominada poder de policía o policía¹. Aún con el margen de discusión² que suele provocar el empleo de dicha noción³, llena de vicisitudes e incertidumbres, sumada, como veremos a una evolución accidentada⁴ por tener una larga tradición histórica, ella se sigue utilizando en la ciencia jurídica para referirse al tema de la limitación de los derechos privados, utilización que se justifica también por el empleo que de la expresión "police power" hace el Derecho estadounidense, cuyas analogías con el argentino son conocidas, específicamente en determinadas instituciones del Derecho constitucional.

Los actos de gravamen o desfavorables que inciden negativamente en la posición de las personas, van desde la limitación de los derechos y la deli-

(*). Juez (por concurso) del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. Actualmente Presidente del Tribunal. Profesor titular (por concurso) de Derecho Administrativo en las Universidades Nacionales de La Plata y Mar del Plata y de la Universidad de Belgrano.

¹. Dentro de la función administrativa existe una modalidad de obrar de contenido operativo "prohibitivo o limitativo", denominada policía, así como dentro de la actividad legislativa, se inserta una modalidad reglamentaria de derechos, llamado poder de policía.

². Ver GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", Bs. As., 1986, t. II, págs XII- I y ss.

³. No existe especificidad jurídica de medios ni de fines que den lugar a una especificidad jurídica de principios y formas jurídicas. De allí que pensemos que el estudio de estas cuestiones está vinculada a las *limitaciones de derechos* mas que a un pretendido instituto jurídico policial.

⁴. La acepción etimológica explicativa de su concepto originario - no el actual- deriva de politeia (política) y ésta a su vez de polis (ciudad), de modo que sería gobierno de la ciudad.

mitación de sus contenidos hasta las llamadas potestades ablatorias (v. gr. expropiación) pasando por las prestaciones forzosas, la imposición de deberes y las sanciones. Ese conjunto de figuras conforman la parte de la dinámica del obrar estatal que las concepciones antiguas explicaban bajo la categoría genérica de policía y poder de policía. No creemos conveniente abandonar totalmente las categorías tradicionales por razones derivadas de la interpretación constitucional (formulada, obviamente, tanto por los jueces como por la doctrina) sin perjuicio de incorporar a su problemática las nuevas técnicas, mecanismos y principios que rigen la acción, que abarcativamente, se denomina interventora⁵.

No dejamos de reconocer que la denominación *policía* a la luz del Estado moderno no parece la más adecuada, aún como expresión jurídica de limitación a las libertades y derechos individuales. La historia de la palabra policía presenta en forma manifiesta la coerción y la sanción, subestimándose su causa fundamental, cual es la de limitar jurídicamente la libertad y los derechos individuales para la convivencia social. A pesar de ello, nos parece que no reporta utilidad abandonar un término que significa un valor convencional que, despojado de su sentido preconstitucional y limitativo, puede todavía ser utilizado como expresión que sintetiza el fenómeno de los actos de limitación jurídica, aún cuando reiteramos, ello no sea óbice para entender que tanto el *poder de policía* como la *policía* se reconducen en su régimen jurídico íntegramente al previsto por el derecho público. No existe especificidad de medios, ni de fines, justificativa de una especificidad de principios y formas jurídicas.

El concepto de policía administrativa está íntimamente ligado a la vida real de la Administración, y al fluctuar ésta, ampliando o restringiendo sus funciones y su ámbito de realidad controlada, pasa a ser un concepto fluctuante, en función del tiempo y del país que se trate⁶. Este carácter produce necesariamente la indefinibilidad como concepto permanente del contenido de la policía⁷, que ha sufrido en los últimos años, por lo

⁵ Ver CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, Bs. As., 1994, págs. 19 y ss.

⁶ Sobre el carácter fluctuante de la idea de policía administrativa, ver WERNER, Leopold, *Polizei und Verwaltung*, en el "Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches", 1946, pág. 172; "LLOYD, Denis, *Public Policy. A comparative Study in English and French Law*", Londod, 1953, pág. 130.

⁷ El justice HARTMAN pretendía seguir el contenido de la policía abarcando el conjunto de la actividad gubernamental.



menos en nuestro país, un gran retroceso⁸, luego de haber tenido luego de la posguerra una gran expansión.⁹

Al ceder los postulados políticos que apuntalaban la noción, la policía ya no aparece sólo referida a la causa de los actos de limitación de los derechos individuales (lo que constituía una noción tan incierta e imprecisa como carente de utilidad práctica), sino que se relaciona con las diferentes técnicas de las llamadas operaciones de gravamen que vienen a crear y ampliar las situaciones pasivas de los particulares frente al Estado.

Desde este punto de vista, la incidencia de la actuación estatal revela una cierta complejidad en los actos de gravamen los que no se circunscriben exclusivamente a las actividades de mera limitación pues, por razones de interés público o bien común, se suele habilitar por ley a la administración para el ejercicio de potestades ablatorias (expropiaciones y prestaciones forzosas) o bien, se delimita el contenido normal de los derechos (v. gr. mediante la concesión) que es cosa distinta a la mera limitación que hace al ejercicio de los derechos y, por último, hasta se imponen deberes y se ejerce el poder sancionatorio.

Por actividad administrativa de limitación o de policía se entiende aquella forma de intervención mediante la cual la Administración restringe la libertad o derecho de los particulares, pero sin substituir con su actuación la actividad de éstos. No contemplaremos en detalle aquellos actos de supresión a esas limitaciones, ya que la autorización - tomada en su acepción genérica - si bien constituye un acto de ampliación de la esfera jurídica del particular que la obtiene, si bien para algunos cobra su verdadero sentido si se la considera como una verdadera limitación a la esfera de los derechos de libertad y propiedad,¹⁰ para otros tal extensión del concepto implica llevar el asunto a los límites del absurdo.¹¹

Alguna doctrina ha dado una desmesurada extensión a la actividad de limitación, que denomina de coacción, definiéndola como el conjunto de

⁸. A partir del retiro del Estado no sólo de la actividad económica, sino también de eliminar todo tipo de controles.

⁹. Correlativa de lo que los administrativistas franceses llamaron le progrès des moeurs.

¹⁰. CASSAGNE, Juan C., ob. cit., pág. 89.

¹¹. LINARES, Juan F., *Derecho administrativo*, Bs. As., 1986, pág. 423.

medidas coactivas utilizables por la Administración para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública¹². Resulta un concepto demasiado amplio en el que se identifican actividad de policía y de coacción, incluyéndose las prestaciones forzosas de los particulares y la actividad sancionadora. La coacción y la sanción presuponen una situación ilegítima o antijurídica del particular de la cual no pueden nunca derivarse una limitación de derechos, sino una acción o actividad administrativa de restablecimiento del orden jurídico perturbado.

Si se sigue utilizando la noción (aún sin la utilidad que le atribuía la doctrina clásica) su empleo responde al sentido antes indicado y, sobre todo, a la inteligencia de que resulta un concepto profundamente arraigado en nuestra jurisprudencia que, despojado de su sentido arcaico, puede reportar alguna utilidad o simplemente comodidad al emplearse un valor suficientemente entendido por todos.

Como el término policía recoge promiscuamente valores de épocas pasadas, conviene hacer un recuento del origen y la evolución histórica del concepto.

II. ORIGEN Y EVOLUCION DEL CONCEPTO DE POLICIA

Es sabido que el término "policía" proviene de la voz latina *politia* y reconoce su origen en el concepto griego de la *politeia*. Circunscripto en sus comienzos a la constitución de la ciudad, se extendió más tarde a toda la actividad estatal, con la que llegó a identificarse.

Para los griegos la convivencia individual se imponía con sujeción absoluta a la polis; la *civitas*, para los romanos tenía sujeción ilimitada al Imperio; en la Edad Media, la subordinación lo era a los mandatos de la Iglesia y sus representantes terrenales; en el Estado moderno, lo es con respecto a los derechos individuales.

La policía se identifica, en la época en que surge el término, con el mismo poder y con la misma comunidad política.¹³ La idea de policía, tal y como

¹². Así GARRIDO FALLA; Fernando *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 10^a .ed., vol. II, pág. 125.

¹³. Ver, entre otros, ALONSO de MADRIGAL, *De óptima politia* 1455, párraf. 88 y 89.



se la ha elaborado en Derecho administrativo liberal, no es una noción originaria, sino, por el contrario, una idea polémicamente concebida, frente al Estado-policía.¹⁴

De esa primera significación se pasa en los comienzos de la Edad Media, al *jus politiae*, como arbitrio de recuperación de poderes dispersos en los Señores, por el Príncipe. Durante la Edad Media la institución de la policía se hallaba referida al buen orden que debía imponer la autoridad pública temporal sobre la sociedad civil con exclusión del orden moral y religioso, cuya tutela se atribuía a la Iglesia. Contrariamente a lo que habitualmente se cree, la policía no era un concepto absoluto e ilimitado, sino que las medidas limitativas de los derechos particulares no debían contrariar, al menos en el terreno de los principios, las reglas de la justicia general o legal que sólo justificaban esa intervención por razones del bien común.

A partir de la Edad Moderna, en los países de la Reforma, el poder de policía sirvió para recabar en favor del Príncipe y en virtud del *jus reformandi* y de la regla del *cujus regio*, las facultades y poderes que anteriormente pertenecían a la Iglesia o al poder moderador del Imperio. Esta evolución alcanza su fase definitiva en la cameralística y, sobre todo, en especial, en autores como SECKENDORF, que configura a la policía como dirigida a evitar los actos que van contra el orden, el derecho o la religión¹⁵. Frente al poder de los Señores se alza la orden de policía y en cuanto a la intensidad define su ámbito como todo aquél que se dirige a los fines de justicia, paz y prosperidad, comprendiendo, de éste modo, la totalidad del poder público concentrado en manos del Príncipe¹⁶. Nace así el Poder de Policía como un procedimiento para justificar formal y jurídicamente la concentración del poder en manos del Príncipe. Es en este período en que comienzan a extenderse las regulaciones públicas de los diversos Estados sobre los particulares.

En el transcurso de ese proceso se desarrolló, en especial en Alemania, el denominado *jus politiae*, impulsado por la Reforma, que precisó acudir al

¹⁴. Sobre la historia del concepto de policía, ver ROSIN, Heinrich, "*Geschichte des Polizeibegriffs*" en el "*Wörterbuch des Deutschen Staats und Verwaltungsrecht*", 2a. ed, t. 3, pág. 97.

¹⁵. Von SECKENDORFF, Veit Ludwig, "*Teutscher Fürsttestaat*", Jena, 1720, pág. 278.

¹⁶. Von SECKENDORFF, *ob.cit.*, pág. 278.

mecanismo de ese poder absoluto para justificar la extensión de las funciones del Estado y la secularización de importantes actividades de interés público que tenía a su cargo, hasta entonces, la Iglesia.

Por una serie de restricciones sucesivas, la idea de policía se fué limitando. Así, la primera función que se desgaja del poder del Príncipe es la justicia, por eso se identifican administración y policía, definiéndose a ésta como la actividad directa y propia de la Administración para el cumplimiento total de los fines del Estado¹⁷. En un segundo periodo la actividad pública de fomento se eliminó del ámbito de la policía, fundamentalmente a partir de las ideas de PUTTER que entendía que no corresponde al Estado inmiscuirse en promover la felicidad individual¹⁸. El poder público sólo puede hacer uso de la coacción para la conservación del estado de seguridad, pero no para acrecer la prosperidad de los ciudadanos¹⁹.

El concepto de policía general nace ligado al orden y a la seguridad públicas, en cuanto la policía supone tanto como el medio que hace posible al Príncipe cumplir con la función de asegurar la paz pública²⁰. Desde esta perspectiva, el orden público y, consecuentemente, el *jus politiae*, venía a ser justificativo de la misma idea de soberanía en el Estado absoluto²¹. La policía se liga de ese modo a la conservación del orden público, que no es algo que baste conservar sino como un fin que hay que conseguir, como algo que hay que imponer. Tampoco la idea de orden público sirve para permitir una definición de la policía administrativa. RANELLETTI decía que la idea de orden público pasaba a ser un concepto en blanco, subjetivo, esencialmente histórico y relativo²². Por eso debe pasarse a la idea de policía partiendo de una idea finalista -todo lo que contribuye a la conservación del orden público- hasta una reciente idea de técnica jurídica

¹⁷. Representándose todas las técnicas en forma de policía, hablándose tan pronto de policía del servicio público como de policía del beneficio. En España, POSADA sigue este criterio: *"Derecho Administrativo"*, 2ª ed., t. I, pág. 296.

¹⁸. PUTTER, Juan E., *"Institutiones Juris Publici Germanici"*, 1770, párraf. 331.

¹⁹. MAYER, Otto, *"Derecho administrativo alemán"*, Bs.As., 1950, t. II, pág. 4.

²⁰. LOPEZ OLIVER y MEDRANO, "Verdadera idea de un Príncipe formada de las Leyes del Reyno, que tienen relación al Derecho público", Valladolid, 1786, CXX.

²¹. LOCKE, *"Second Treatise on Civil Government"* Cap. XIV, párraf. 160.

²². RANELLETTI, *"La polizia di sicurezza"* en *"Primo Trattato completo di Diritto amministrativo"* a cura di V. E. Orlando, vol IV, Milán, 1904. CAVALCANTI, Temistocles, *"Institutiones de Diritto administrativo"*, vol II, pág. 153



especial. Debe ser una técnica indiferenciada en cuanto al fin de orden público; puede servir incluso a fines de fomento. Así la prohibición y la limitación concreta pasan a ser las técnicas normales de la policía.

En ese sentido FRAGOLA definía a la policía, desde el punto de vista del poder de policía, como la facultad de imponer limitaciones a la actividad y libertad de los particulares, dirigidas a prevenir los daños que provengan de la misma actividad de éstos²³. Tal poder, debe basarse, como toda la actividad administrativa, en la ley. En ese sentido ésta puede: a) establecer directamente, de modo preciso y concreto las restricciones o limitaciones, definiendo los actos prohibidos y los obligatorios. En tal caso, la policía administrativa sólo alcanza a una actividad de control encaminada a la observancia de la norma; b) en otros casos, la ley sólo es genérica, señalando los fines que deben ser hechos cumplir por el poder de policía administrativa, al cual incumbe la valoración del interés público que hay que proteger y la fijación del alcance de la actividad de policía. La ley es aquí una norma de apoderamiento a la Administración; c) por último, en casos de urgencia o de grave necesidad pública, la autoridad de policía tiene facultad de adoptar procedimientos totalmente autónomos, indispensables para la tutela del orden público.

Esta doctrina, apuntalada con la distinción entre policía general, o de orden público, y policías especiales, ha sido abandonada y la policía se ha reducido en la actual doctrina alemana a su función específica referida al orden público. Se habla ahora como concepto general para la actividad interventora de la Administración, de una Administración ordenadora, en el sentido genérico de la ordenación de las actividades privadas, concepto que se contraponen a la Administración prestacional.

Con el advenimiento del actual Estado de Derecho como representación de un modelo ideal de régimen característico de los derechos individuales que instituye un principio fundamental, a partir del cual se edifica el andamiaje jurídico de la protección de los particulares, el concepto de policía sufre una grave crisis. Ante la indiscriminada concepción de una actividad destinada a mantener la convivencia pacífica se yerguen, a partir de ese momento, los individuos portadores de libertades y derechos inviolables.

²³. FRAGOLA, Umberto, *Manuale di Diritto amministrativo*, Nápoles, 1948, pág. 217.

Este principio se manifiesta, entre otras formas, en la instauración de la regla de la competencia objetiva derivada de la ley expresa, como condición que habilita y legitima el ejercicio del poder del Estado para establecer limitaciones a los derechos privados.

De esa idea ya restringida, se pasa al concepto de policía del Estado liberal, que suele coincidir con la noción aún conservada en todo un sector de la doctrina del Derecho administrativo clásico. Así comentaba HAURIUO que la norma de policía sólo podía concebirse como una autoregulación de lo público, como el hecho de que la Administración podía en todo momento regular y ordenar su actividad interna, pero nunca regular la esfera de los particulares ni limitar sus derechos e intereses patrimoniales. La idea se entroncaba con el llamado principio de las materias reservadas a la ley. En definitiva, esta concepción de la policía, como técnica a través de la cual la Administración dejaba incólumes las situaciones jurídicas privadas, sin actuar ni un plus ni un minus sobre ellas, dejaba compatibles las dos ideas contradictorias de las materias reservadas y del poder de la Administración.

La idea de la policía administrativa se iba quedando sin contenido. Pronto, con MERKL se empieza a hablar de la crisis de la idea de policía²⁴, y no sólo desde el punto de vista conceptual, sino en cuanto técnica autónoma, la noción de policía se pierde y se engloba entre las técnicas indiferenciadas de Derecho público.

¿Es imposible la delimitación conceptual, debiendo renunciarse a la policía como categoría del Derecho administrativo? Nos parece que la contestación a este interrogante es negativa. Se hace necesario un replanteo de la cuestión.

III.

NOCION MODERNA DE LA POLICIA.

El problema que se suscita, según vimos en el capítulo anterior, puede ser superado si se advierte que el estudio de la intervención estatal se circunscribe al análisis de las diferentes técnicas de limitación de los de-

²⁴. MERKL, Adolf, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1927, pág. 242.



rechos privados por razones de interés público. De ese modo, actualmente el concepto, de acuerdo a la realidad, opera como extensión de la potestad del Estado para establecer limitaciones a los derechos privados bajo nuevos títulos de intervención, aunque siempre con la finalidad de satisfacer al bien común.

Siguiendo este criterio, la policía actúa técnicas de atribución de un minus a una situación jurídica del particular, frente a las técnicas de fomento que implican en todo caso atribución de un plus. La técnica del minus, la restricción, se opera a través de la coacción administrativa, en tanto que la atribución del beneficio, la ampliación de la esfera propia del particular opera por medio de la aceptación voluntaria de parte de éste.

Como consecuencia de esa evolución (que en Europa corrió paralela con la publicatio de numerosas actividades) la policía, que inicialmente se limitaba a la seguridad, salubridad y moralidad, (concepto limitado del poder de policía: narrow) terminó por abarcar, por obra de la doctrina y jurisprudencia estadounidense la promoción del bienestar general (broad and plenary), colaborando a la imprecisión, no obstante la labor, muchas veces clarificadora, que han efectuado los jueces. Esta concepción amplia sobre el "poder de policía", ha sido adoptada, en reiterados pronunciamientos, por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Lo cierto es que esta noción ampliatoria del contenido del poder de policía termina confundándose con el propio poder de legislación, incluyendo la regulación de actividades de los particulares que no son propiamente de limitación ni de gravamen sino de creación o ampliación de situaciones activas favorables, también encuadradas tradicionalmente bajo la categoría del fomento.

De esa manera se distinguen formas diversas de cubrir el momento de autoridad, reservándolo, según los casos, a la ley o a la Administración. Cabalmente, las formas modernas del poder de policía se han traducido en un constante y progresivo incremento de la autonomía de la norma policial y en una quiebra del principio de reserva exclusiva a la ley. Así la jurisdicción estadounidense, que se destaca por su acentuada valoración

del principio de seguridad jurídica, distingue dos aspectos de privación en abstracto: el taking, que puede suponer el taking over (expropiación), o bien el taking away (eliminación del daño). En el primer caso se indemniza, así como en todos aquellos casos que impliquen limitación (the public has taken an easement in the property) o servidumbre administrativa (public puisance, as an exercise of the power of eminent domain). En el segundo caso, el poder de policía que surge en la historia de la jurisprudencia estadounidense por creación del "Chief Justice" TANEY, contra la tesis de las "vested rights" generalizada por John MARSHALL, versa sobre la prohibición general o concreta de un uso nocivo de la propiedad o libertad, de manera que no se produce aquí una apropiación del bien (a taking), sino una mera frustración de su uso (a frustration of an easement)²⁵. Esta distinción es la que ha de permitir una construcción lógica de la policía, en cuanto técnica jurídica. La falta de indemnización por las medidas de policía, se ha justificado, por la propia doctrina estadounidense, en la imposibilidad real de abonar las indemnizaciones, imposibilidad que se liga a una necesaria reserva de poder en el Estado, aparte de la ley e independiente de ella. De este modo, el jus polittiae viene a ser parte de los restos heredados del antiguo Estado absoluto²⁶.

Estas ideas no pretenden ignorar que, en esta materia, la base de nuestro sistema constitucional se asienta en el reconocimiento y subsistencia previa de los derechos de libertad, propiedad e igualdad que prescribe la Constitución a favor de todos los habitantes (arts. 14, 16 y 17, Const. Nac.) y que las limitaciones a estos derechos no pueden alterar el principio de razonabilidad (art. 28, Const. Nac.) ni la esfera reservada a las acciones privadas de los hombres (art. 19, Const. Nac.). Tales principios devienen del fundamental de subordinar el Estado a la ley, todo ello en servicio de una idea sustancial de la Revolución francesa: la de asegurar la libertad del ciudadano, la libertad de quien hasta ese momento estaba situado como un súbdito pasivo, respecto de un poder ajeno y trascendente.²⁷

²⁵ "Omnia Comercial Co v U.S.", 261, U.S. 504, 43 S. ct 437, 67 L. ed 773 (1923); "Atwater & Co v U.S.", 275, U.S., 188, 191, 485 ct. 90, 72 L ed 229 (1927).

²⁶ Esta es, en definitiva, la tesis del Chief Justice Taney en el caso *Feirce vs. New Hampshire*, mayo de 1847.

²⁷ GARCIA de ENTERRIA, Eduardo- FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás, "Curso de Derecho Administrativo", Madrid, 1983, pág. 410.



IV.
LA DISTINCION ENTRE EL LLAMADO
"PODER DE POLICIA" Y LA POLICIA ADMINISTRATIVA

Las expresiones "policía" y "poder de policía", no obstante sus aparentes significados comunes y próximos, designan dos conceptos diferentes. Por la primera, se ha entendido, en un primer momento, la función o actividad administrativa, cuyo objeto es la seguridad, salubridad y moralidad públicas, extendida más tarde a la economía en cuanto puede llegar a afectar a aquéllas²⁶. Por "poder de policía" se entiende la potestad, atribuida al Poder Legislativo para reglamentar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que las normas imponen a los individuos. Una de las notas características de ambos conceptos es la de que constituyen ambos un orden no siempre coactivo, restrictivo de los derechos y las libertades individuales.

Mientras la llamada policía administrativa se traduce, fundamentalmente, en el dictado de los actos concretos, el poder normativo de la Administración requiere siempre de una ley (arts. 14, y 99, inc. 2º Constitución Nacional) careciendo ésta de la potestad de dictar normas generales sin una cobertura legal expresa, determinada y circunscrita en razón de la materia. Debe resaltarse que la actividad administrativa de limitación supone que su incidencia negativa sobre la libertad de los particulares es consecuencia del ejercicio concreto de una potestad administrativa con un acto de por medio, y no efecto directo de una ley.²⁹

Al lado de aquélla, existe otra actividad de limitación de derechos privados que se manifiesta a través del poder de legislación mediante leyes y reglamentos que limitan tanto el ejercicio como el contenido de los derechos individuales para hacerlos compatibles con los derechos de otros o con los fines de interés público que persigue la comunidad. En este último supuesto se habla de "poder de policía", aún cuando, por lo común, esta denominación se reserva, entre nosotros, a cierto tipo de actividad reglamentaria de los derechos individuales que realiza el Congreso.

²⁶ CSJN, "Fallos" 136:161; 137:348; 399:483; 200:450, entre otros.

²⁸ Cuando la limitación tiene lugar sin acto administrativo, nos encontramos ante una limitación legal (v.gr. determinadas nacionalizaciones: minas, aguas subterráneas) o de la imposición generalizada de deberes (p. ejemplo, información tributaria).

En ambos casos, ya se trate de la función materialmente legislativa a cargo del Congreso o de una remisión normativa al órgano ejecutivo, la coacción no integra necesariamente la sustancia del concepto, siendo tan sólo un accidente que se pone en ejercicio cuando fracasan las medidas preventivas o intimaciones que formule la administración en orden al cumplimiento de las obligaciones, deberes y cargas que las normas imponen a los particulares.

V.
LIMITES A LAS LIMITACIONES
(Policía y derechos individuales)

Los derechos fundamentales y las libertades públicas constituyen la esencia misma del régimen constitucional, de allí que las libertades y derechos fundamentales reconocidos a los individuos³⁰ sólo pueden ser limitados por normas provenientes del Poder Legislativo (art. 14 C.N.); es lo que la doctrina constitucional denomina las reservas de la ley que se deriva de la teoría de la división de poderes.

Cada individuo tiene su libertad sin necesidad de que una norma expresa se la reconozca. No existiendo esclavitud (art. 15 C.N.) todos los individuos son libres. La libertad es una de las manifestaciones políticas fundamentales insertas en la Constitución, que fundamenta todo el sistema constitucional en su conjunto. Inicialmente desde su origen revolucionario (inglesa de 1768 estadounidense de 1776 y francesa de 1789) las libertades públicas se han configurado como derechos subjetivos³¹ frente al Estado (derechos naturales, innatos, sobre los cuales éste se funda y cuyo respeto y garantía constituye su fin).

³⁰ Pues muchos de ellos vienen dados por su condición de hombre, de ser en libertad (CASARES, Tomás, "Orden social, desarrollo y último fin de la existencia humana" en el libro "La Justicia y el orden social", Mendoza, 1977, págs. 7 y ss.

³¹ La protección acordada por el Estado a tal obrar en libertad, transforma esa facultad natural para actuar del individuo en derecho subjetivo. BREWER CARIAS, Allan R., "Garantías constitucionales de los derechos del hombre", Caracas, 1976, pág. 17 clarifica los derechos, respecto de su consagración constitucional y la tipología de las regulaciones en: 1) derechos fundamentales (absolutos); 2) derechos cuyo ejercicio puede ser restringido o suspendido por actos de gobierno; 3) derechos limitables por el legislador en aspectos específicos; 4) derechos limitables por el legislador en sentido amplio; 5) derechos cuyo ejercicio queda supeditado a reglamentación legal.



Ya sea que se trate del ejercicio del poder normativo o de la actuación singular y concreta, la actividad del Estado que impone limitaciones (en sentido lato) a los derechos individuales precisa encuadrarse en una serie de principios y reglas de Derecho que condicionan su obrar (arts. 14, 17, 18 y 19 C.N.). Debe destacarse que tales derechos reconocidos en la Constitución no son absolutos³² aunque se los califique de inviolables.

Si bien vemos que el punto de partida es una idea relativa sobre los derechos individuales, cuyo goce y ejercicio se realiza conforme a las leyes reglamentarias (art. 14, Const. Nac.) tanto la Administración como el Congreso no disponen de un poder ilimitado, pues no existe ninguna imposición de sujeción a una autoridad sino a las normas que provienen del legislador, y que debe ajustar su conducta al llamado principio de razonabilidad (art. 28, Const. Nac.). La actividad policial es el acatamiento a las normas constitucionales y no una expresión de fuerza. Para la actividad policial, los arts. 31 y 28 de la Constitución tienen una importancia trascendental.

También está vedado a las autoridades penetrar en el ámbito reservado a las acciones privadas de los hombres que no sean violatorias de la moral pública (art. 19, Const. Nac.), pues nuestra Ley Fundamental establece un ámbito de intimidad inviolable total y absoluto y se refiere a la conciencia de las personas, principio éste que, en definitiva, hace a la dignidad de ellas. La conciencia individual es un límite impuesto no sólo a la policía sino al legislador y a cualquier poder ("..exenta de la autoridad -aún- de los magistrados..." dice el artículo)³³. La libertad, vale decir la capacidad de hacer lo que la ley no prohíbe es anterior a la ley y a toda constitución.

En su origen, tanto los derechos fundamentales como las libertades públicas se concebían como auténticos límites al poder político; es decir imponían un ámbito de libre determinación individual completamente exento del poder del Estado³⁴, corolario lógico de los postulados del Estado liberal

³² No hay derechos absolutos, pues si así no fuera importaría aceptar una tesis antisocial. CSJN, "Fallos" 199: 483; 247: 121; 254: 56.

³³ El valor del ámbito privado del individuo deriva hacia otros cercanos que, sin embargo tienen tratamientos distintos. No ha sido mera redacción que la Constitución califique de inviolables al domicilio, la correspondencia y el derecho de defenderse. Tal expresión, destaca una prerrogativa que podrá ser reglada pero jamás suprimida. La inviolabilidad indica existencia.

³⁴ GARCÍA de ENTERRÍA, E. "La significación de las libertades públicas para el Derecho Administrativo" en Anuario de Derechos Humanos, Madrid, 1981, pág. 116.

de Derecho, en el que el sistema jurídico y político, en su conjunto, se orienta hacia el respeto y la promoción de la persona humana en su estricta dimensión individual³⁵. El tránsito al Estado social de Derecho ha traído consigo una nueva dimensión del papel y de la funcionalidad de los derechos fundamentales y de las libertades públicas; ya no son meras barreras a la acción de los poderes públicos, sino un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos³⁶. Por eso se hace necesaria la actuación de los poderes públicos para promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integran sean reales y efectivas y para remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.³⁷

VI. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y OTRAS CONDICIONES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

I. Alcance del Principio de Legalidad

Toda actividad administrativa está sujeta al principio de legalidad y a los de igualdad, razonabilidad, proporcionalidad, interés público, etc. Pero debe advertirse que algunos de estos principios se presentan con un mayor grado de exigencia y rigorismo en la actividad de limitación o policía, en tanto ésta es una limitación a la libertad individual.

La vinculación de toda la actividad administrativa a la legalidad, conforme a la cual la Administración debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, lo que viene a significar tanto como el sometimiento al ordenamiento jurídico o al "bloque de legalidad", comprensivo de toda la normativa de origen parlamentario y administrativo es una exigencia del Estado de Derecho.

En cuanto a saber si toda la actividad administrativa debe estar vinculada o autorizada por una ley, la respuesta no puede ser unívoca, pues no es

³⁵ PEREZ LUÑO, E., "Los derechos fundamentales", Madrid, 1986, pág. 19.

³⁶ PEREZ LUÑO, E., "Los derechos.." cit., pág. 21.

³⁷ Se conoce a ésta corriente por la expresión alemana *Drittwirkung der Grundrechte*. Ver GARCIA TORRES, J.- JIMENEZ BLANCO, A., "Derechos fundamentales y relaciones entre particulares", Madrid, 1986.



razonable exigir que toda ella sea objeto de previsión legal, es decir de vinculación positiva³⁸. Esta es requisito esencial de toda la actividad ablatoria que comporte limitación de las libertades y derechos de los individuos, más no lo es necesariamente así donde la actividad administrativa va en la línea de ampliar los derechos y esfera de actuación de los particulares; tal lo que ocurre en la actividad de fomento o incentivadora.

Admitida la tesis de que toda limitación exige una habilitación legal previa, no es posible, sin embargo, determinar para todos los casos el grado de precisión con que la ley debe regular la materia en cuestión y, consecuentemente, el margen de desarrollo que puede dejarse al poder reglamentario. Debería exigirse el máximo de precisión legal sobre los aspectos fundamentales.

En cuanto a la vinculación de la actividad administrativa al reglamento, se podrían replantear las mismas cuestiones anteriores, acerca de si es necesaria su existencia en los casos de vinculación negativa en que no se exige una ley previa. La preguntas a formularse son: ¿Podría actuar la Administración sin norma alguna?, ¿O por el contrario, es preciso que dicte antes de su actuación el reglamento por el que ha de regirse?. Las respuestas vienen dadas por el principio que enunciamos. Si la ley y el reglamento, por mínimos que sean, entendidos ambos como el "bloque de legalidad", son un presupuesto de la actividad administrativa, la respuesta que se impone a la primer pregunta es negativa y positiva a la segunda. Así como no hay actuación material lícita de la Administración sin acto previo, tampoco hay acto lícito sin una norma previa, legal o reglamentaria, al que aquél puede ser reconducido.

2. Principio de Igualdad

La sujeción de la Administración pública al principio de igualdad ante la ley, se impone, como a los restantes poderes públicos, por el art. 14 de la Constitución, que sujeta a tal principio toda intervención sobre las libertades y derechos fundamentales; principio que se aplica a la actividad de fomento y de servicios públicos, en que todos los administrados tienen en igualdad de condiciones derecho a las mismas prestaciones, sin que puedan establecerse discriminaciones injustificadas en las tarifas.

³⁸ HUTCHINSON, Tomás, "Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada", Bs.As., 1985, t. I págs. 91 y ss.

3. Principio de Proporcionalidad

La proporcionalidad entre la actividad administrativa y el fin público a que debe responder supone que los medios empleados se correspondan con los resultados, sin que estos sobrepasen las necesidades públicas. No debe haber desproporción entre el objeto de la medida de policía y los fines perseguidos (argumento incorporado al Derecho positivo por el art. 7º, inc. f, *in fine*, de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos)³⁹; lo que implica exceso de limitación o de punición (en el caso de aplicación de sanciones de naturaleza administrativa).

Por ello debe haber adecuación del medio elegido al fin propuesto, ya que existe desproporcionalidad cuando las normas o medidas administrativas no guarden una adecuación con los fines que persigue el ordenamiento

4. Principio de Razonabilidad

El art. 28 de la Constitución nacional establece que los derechos reconocidos no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. Es una cuestión empírica, particular y concreta, valorada por los órganos jurisdiccionales si la reglamentación legal menoscaba, deteriora o destruye el derecho de que se trata.

No se pretende elaborar aquí un estudio completo sobre el principio de la razonabilidad de las leyes, reglamentos, resoluciones y actos administrativos. Vamos a hacer algunas consideraciones sobre la aplicación del citado principio, que deriva de una creación pretoriana que obliga a la autoridad a ponderar con prudencia las consecuencias de la decisión, con el fin de evitar la arbitrariedad. En lo esencial, existen tres tipos o especies de conductas que despojan de razón suficiente a la pertinente actuación estatal, a saber:

a) irrazonabilidad en los fines perseguidos que se apartan de lo preceptuado en las normas de habilitación (de carácter constitucional, legal o reglamentaria) o de los principios generales del Derecho;

b) contradicción entre lo expresado por la norma y lo decidido por la autoridad;

³⁹ HUTCHINSON, Tomás, "Ley nacional..." cit., t. 1, pág. 161 y ss.



c) ausencia de inequidad manifiesta, lo que significa que no debe haber violación de la igualdad introduciéndose en las normas o en los actos respectivos un factor de discriminación que atribuya a algunas situaciones de ventajas o de gravamen que no se conceden a otras personas que se encuentran en similares condiciones;

d) También debe haber fin público y circunstancias justificantes⁴⁰. Ello ocurre cuando la injerencia estatal está justificada y el correspondiente sacrificio impuesto al Derecho privado por la prevalencia del bien común temporal sobre el bien privado se sustenta en las exigencias de la justicia general o legal, que determina los deberes y obligaciones de los individuos -como partes del todo social- respecto de la comunidad a que pertenecen. Su fundamento es la solidaridad social.

5. El Principio de la Buena Fé

El principio de la buena fe rige todas las relaciones entre la Administración y los particulares, de la misma forma que es un principio general del Derecho que rige las relaciones entre particulares. La Administración viola la buena fe cuando falta a la confianza que ha despertado en el administrado procediendo en contra de sus propios actos. Si bien es cierto que el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos es aplicable también a la Administración⁴¹, sólo puede ser invocado por el particular en algunas ocasiones, pues en ciertos casos le está permitido (y a veces se le exige) a aquélla ir contra sus propios actos⁴²

6. Otros Principios

Tales resultan, de ordinario, los principales límites que se contraponen al ejercicio del llamado "Poder de Policía". Sin embargo, no hay que olvidar la existencia de otros límites que enmarcan la legitimidad del obrar del Estado de modo esencial como es, por ejemplo, el principio de la competencia objetiva que impide la creación de limitaciones sin fundamento normativo, aún cuando éste pueda derivarse del fin de la norma conforme a la regla de la especialidad. El carácter preceptivo y vinculante de la com-

⁴⁰ CSJN, "Fallos" 199:483; 217:468; 256:241, entre otros.

⁴¹ MAIRAL, Héctor, *"La doctrina de los propios actos y la Administración Pública"*, Bs.As., 1988, pág. 33 y ss

⁴² Tal el caso de la posibilidad de revocar de oficio, en ciertos casos, sus actos administrativos. Ver HUTCHINSON, Tomás, *"Procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires"*, Bs. As., 1995, pág. 113.

petencia y el hecho de que ella juega como un verdadero límite a la aptitud del órgano o ente administrativo son cosas que hoy día ya nadie discute y quizás en esto radique la principal innovación que introdujo el Derecho administrativo respecto del Derecho privado.

Tampoco hay que ignorar la influencia que en este ámbito pueden ejercer los principios generales del Derecho al ser utilizados como técnica para controlar la injusticia de las normas o de los actos administrativos que restringen los derechos individuales.

VII. LOS GRADOS DE LIMITACION EN LA LIBERTAD Y LOS DERECHOS

1. Preliminar

La actividad administrativa de limitación de los derechos y libertades de los particulares responde a una progresión, según la intensidad de la medida interventora. En el Derecho administrativo clásico, la técnica de limitación de derechos privados por causa de interés público operaba como una categoría genérica, integrante tanto del capítulo de la policía como del llamado régimen administrativo de la propiedad privada.⁴³

Los mecanismos y formas de la intervención administrativa entrañan hoy en día una mayor complejidad, advirtiéndose la existencia de una variada gama de figuras de gravamen que implican el desenvolvimiento de potestades que se manifiestan en la determinación de límites sobre el ejercicio de los derechos junto a la delimitación de su contenido normal, imposición de deberes, aplicación de sanciones y potestades ablatorias.

2. Imposición de Deberes en sentido estricto

En el grado mas bajo de la intervención administrativa cabe consignar los deberes o cargas. La Administración puede exigir a los particulares determinados comportamientos o actividades, por ejemplo, aquéllos supuestos vinculados a la necesidad de informar ciertos hechos o circunstancias o el ejercicio mismo del derecho, a efectos de facilitar el control por parte de

⁴³ En él, se reconocían, a su vez, tres clases de limitaciones que apuntaban al modo y grado en que se afectaban los tradicionales principios del dominio privado y según afectara su carácter absoluto (restricción), exclusivo (servidumbre) o perpetuo (expropiación), se perfilaban sus características principales.



los órganos administrativos. Con independencia de que muchos de los deberes pertenecen más que a las limitaciones en sentido estricto a la técnica de imposición de deberes personales, no se puede desconocer que muchos de ellos condicionen directamente el ejercicio de un derecho, de modo que la imposición del deber personal se efectúa *ob rem* al titular del derecho y no a todos los ciudadanos, por lo que también hay que incluir esta categoría entre las especies de limitaciones (v. gr. obligación de informar los precios).

Cabe distinguir la figura de la obligación del deber en sentido estricto, el que asume una particular trascendencia en el campo del Derecho público. Mientras la obligación nace de la relación jurídica y encuentra su contrapartida en el derecho subjetivo de otro sujeto (en el caso el Estado) el deber opera en dirección genérica teniendo su origen no en una relación, sino en la potestad de la Administración. De esta peculiar naturaleza que poseen los deberes administrativos se desprende que, en tales casos, los particulares no tienen ante sí -como en el supuesto de la obligación- a un sujeto que pueda reclamarles directamente la ejecución de su deber, sino que estarán ante un poder que actúa en garantía del cumplimiento efectivo del deber, mediante la aplicación de sanciones.

3. Ejercicio de Derechos Sujetos a Constatación

Un punto superior al anterior, de intensidad en la intervención administrativa, está constituido por el sometimiento del ejercicio de un derecho a una constatación reglada por la Administración de que se dan las condiciones requeridas para ello; constatación que tiene ese exclusivo objeto de comprobar que el supuesto de hecho previsto en la norma definidora se cumple efectivamente (v.gr permisos de caza o de pesca). En este caso no hay derecho subjetivo preexistente al acto de excepción por cuya causa la protección jurisdiccional es menor, circunscribiéndose básicamente a una garantía contra la violación del principio de igualdad.

4. Imposición de Conductas u Omisiones

El grado siguiente de limitación lo constituye la actividad administrativa que se concreta en una prohibición formal de hacer o la imposición de una determinada conducta positiva (por ej., la orden de cierre de establecimientos por razones de calamidad pública).

5. Limitaciones Administrativas de Derechos

La orientación doctrinaria actual, reserva el tipo de la limitación administrativa para referirse a las actuaciones cuya incidencia no modifica sustancialmente el derecho subjetivo afectado, ni tampoco la capacidad jurídica o de obrar del titular. Actúan exclusivamente sobre las condiciones del ejercicio del derecho, dejando inalterable todo el resto de sus elementos (funcionalidad, límites, protección) Entendemos que existen tres clases de limitaciones que, sin afectar el contenido normal del Derecho, vienen a comprimir su ejercicio. La primera es la prohibición incondicionada y absoluta de un modo de ejercicio concreto; la segunda, la prohibición relativa o con reserva de excepción a otorgar por la Administración mediante autorización. Aquí se condiciona el ejercicio del derecho mediante una autorización administrativa que opera sobre la libertad de ejercer la respectiva facultad o poder jurídico, levantando una condición puesta para el ejercicio o puesta en práctica del derecho que preexiste al acto de autorización (v. gr. la licencia o autorización para construir o para la habilitación de un comercio o industria, licencia para conducir, etc.).

La tercer clase de limitación es la permisón de ejercicio libre con reserva de excepción prohibitiva impuesta en casos concretos por la Administración.

6. Las Limitaciones al Derecho de Propiedad en Interés Público: restricciones y servidumbres

El régimen de las limitaciones administrativas se proyecta, también, sobre la propiedad privada donde, en nuestro ordenamiento, se utilizan las técnicas de la mera restricción y de la servidumbre. Mientras la primera se ajusta al concepto de limitación que venimos utilizando en la medida que fije los límites al ejercicio normal del derecho de propiedad, la segunda se acerca más a la de las delimitaciones al implicar un desmembramiento - aún cuando parcial- del dominio a favor de terceros (v. gr. la establecida en el art. 2539 del Cód. Civ., denominada camino de sirga).

7. Expropiaciones. Transferencias Coactivas no Expropiatorias

Mas intensa aún puede considerarse la eliminación del derecho mismo, su sacrificio a favor de la Administración o de un tercero, aunque me-



diante una compensación, como ocurre en los casos de expropiación forzosa. La expropiación sacrifica la propiedad en favor de un beneficiario; acá la limitación llega al máximo.

Las transferencias coactivas no expropiatorias, que podemos ubicar en esta categoría, pueden tener variado contenido (v.gr medidas de subrogación real forzosa -reparcelaciones-; ventas coactivas, que suponen la adquisición forzosa y generalizada de bienes muebles, etc.). El comiso, también ubicable aquí, constituye un supuesto de pérdida sin indemnización de un objeto por haber sido instrumento de un delito.

8. Prestaciones Forzosas

Por último, la limitación de la esfera individual llega a su punto máximo cuando la Administración puede imponer al particular y en su favor, prestaciones de dar o hacer sin abonar por ello compensación alguna (v.gr. servicio militar obligatorio). Son las prestaciones forzosas que pueden imponer las leyes, con carácter general, en interés del Estado o para satisfacer indispensables necesidades públicas, comúnmente denominadas cargas públicas. Se clasifican en personales y reales, según que la prestación se refiera a un servicio de carácter personal o, bien, a la entrega de una cosa. Las primeras requieren, en la mayoría de los casos, de un acto administrativo de determinación del sujeto particular obligado a cumplirla (v. gr. presidente de mesa electoral, etc.).

La doctrina ha subrayado la necesidad de que en la imposición de cargas públicas se cumplan una serie de requisitos a saber: a) el principio de legalidad formal (argumento emergente de los arts. 17 y 19, Const. Nac.); b) el principio de la igualdad que supone la generalidad de la prestación forzosa con fundamento en los prescripto en el art. 16 de la Constitución Nacional que proclama que la igualdad es la base de los impuestos y de las cargas públicas; c) su transitoriedad o duración temporaria.

Con particular referencia a la prestación personal obligatoria se han señalado otros requisitos que completan el cuadro de juridicidad en que deben desenvolverse: intransferibilidad; carácter gratuito que reviste y la necesidad de que exista estrecha correspondencia con un servicio cierto y determinado.

VIII.
DELIMITACIONES ADMINISTRATIVAS
DE DERECHOS PRIVADOS

Con la incidencia de la acción administrativa sobre la esfera jurídico privada, ya sea limitando su ejercicio o convirtiendo el derecho en una indemnización, no queda agotado el sistema general de las intervenciones administrativas sobre las situaciones jurídico-privadas. Bien puede ocurrir que la Administración atribuya derechos ex novo o que acuda a un grado distinto de intervención: la delimitación

Esta actúa, no sobre el ejercicio de los derechos, sino directamente sobre el contenido normal del Derecho, defendiendo el ámbito de lo lícito y recortando los poderes jurídicos del titular cuyo derecho no se reputa ya preexistente. En nuestro ordenamiento existen numerosos ejemplos de estas delimitaciones de derechos privados:

a) la configuración por la Administración del contenido normal de los derechos privados. Se trata, en este caso, de verdaderos supuestos de delimitación o definición del contenido normal y ordinario de tales derechos. Así la prohibición de edificar más allá de cierta altura, la de vender más allá de un cupo determinado (v. gr. régimen de la industria azucarera), la interdicción de construir para usos no permitidos por los códigos de edificación o planeamiento urbano;

b) la eliminación total de las titularidades privadas, del sector que se trate y el traspaso de la actividad o del derecho a la titularidad. Así la atribución de derechos mediante la técnica de la concesión o la calificación de ciertos bienes del dominio del Estado, no obstante que su utilidad última sea privada (v. gr. yacimientos de hidrocarburos).

IX.
LAS LIMITACIONES Y LAS TÉCNICAS AUTORIZATORIAS

La incidencia de la actuación estatal en la posición jurídica de los particulares o administrados puede ser positiva o negativa. En el primer supuesto, la actividad de la Administración o del Congreso puede consistir tanto



en la creación *ex novo* de derechos, facultades o poderes que hasta entonces el administrado no tenía, como en la supresión de las limitaciones que afectaban su ejercicio o su alcance. Este tipo de actos que la doctrina clásica englobaba bajo la figura genérica del fomento, configura siempre una ampliación de la esfera jurídica de los destinatarios privados y se contraponen a la categoría de los actos desfavorables o de gravamen, que traducen un poder estatal de limitación, imposición o extinción de los derechos individuales por causa de interés público.

La figura de la autorización se construyó dogmáticamente desde dos puntos de vista diferentes. Por un lado, la construcción de MAYER que puso el acento sobre la descripción del mecanismo sobre el que la autorización actúa; como un acto administrativo que levanta la prohibición preventivamente establecida por la norma de policía. Por el otro, RANELLETTI que situó la cuestión en la preexistencia en el sujeto autorizado de un derecho subjetivo, cuyo libre ejercicio permite la autorización removiendo los límites que a dicho ejercicio oponen, en principio, la titularidad previa de un derecho.

Por eso si bien la autorización administrativa constituye en alguna medida un acto de ampliación de la esfera jurídica del particular que la obtiene, ella cobra, para algunos, su verdadero sentido si se la considera como una verdadera limitación a la esfera de los derechos de libertad y propiedad⁴⁴. Ello, según otros, no habilita para considerarla dentro del concepto de policía, fundamentalmente, porque se requiere ciertos actos de acogimiento de los administrados.⁴⁵

Las técnicas autorizatorias (tomada ésta en su acepción genérica) son varias y si bien ellas, en general, significan la facultad que se atribuye a alguien para hacer alguna cosa, tal concepto no tiene en cuenta la situación jurídica del particular antes del otorgamiento del acto ni la potestad o no de la Administración para actuar con posterioridad al otorgamiento. Por ello el análisis de las diferentes tipologías jurídicas (autorización, licencia, concesión, etc.) se haría necesario si se quisiera profundizar el tema, lo que, por razones obvias, escapa al presente trabajo.

⁴⁴ CASSAGNE, Juan C., ob. cit., pág. 89.

⁴⁵ LINARES, Juan F., ob. cit., pág. 423.

X.

LAS TECNICAS DE LA ACTIVIDAD DE LIMITACION

La actividad de limitación, como parte integrante de la función legislativa -en tanto regulación- y administrativa -en cuanto aplicación- se exterioriza por idénticas formas jurídicas que el resto de la actividad estatal. No obstante, las particularidades de la actividad de limitación de los particulares hacen que se consideren a ciertos medios especiales de aquélla.

Las normas legislativas de limitación no son distintas a cualquier otra clase de leyes o reglamentos. Ciertamente existen ciertas restricciones a su contenido. Así no sería válido que una ley delegue a los funcionarios públicos las facultades de determinar cuáles serán las perturbaciones que imponen limitación a los derechos individuales⁴⁶. Serían verdaderas leyes en blanco y no una reglamentación de los derechos individuales. La forma, modo y oportunidad de cómo limitar el hecho perturbador puede corresponder a normas o actos administrativos, pero siempre dentro del marco de la ley.

Existen en nuestro ordenamiento, normas de carácter municipal, denominadas ordenanzas, que rigen en el ámbito de un égido, que puede imponer limitaciones a la actividad privada. Ello tiene su raíz histórica, pero a modo de síntesis cabe decir que las leyes generales de municipios que sancionan las Legislaturas provinciales, autorizan a los órganos deliberativos municipales a la sanción de normas reguladoras limitativas de la libertad y derechos individuales. Serían las ordenanzas disposiciones reglamentarias de las normas establecidas en las leyes generales municipales.⁴⁷

Los edictos de policía son reglamentos policiales que constituyen una típica manifestación de la autoridad policial, estableciendo una conducta de sanción ante determinadas manifestaciones perturbadoras. El Estado de Derecho rechaza esta noción, ya que la autoiridad policial no podría dictar sanciones represivas sin fundamento en normas legales superiores. La Corte Suprema de Justicia ha convalidado su existencia⁴⁸, habiéndolos

⁴⁶ Con la reforma constitucional de 1994, "se prohíbe la delegación legislativa...salvo en materias determinadas de administración o emergencia pública..." (art.76). Ni aún en éstos casos es posible la delegación que comentamos.

⁴⁷ DROMI, José R., *"Prerrogativas y garantías administrativas"*, Tucumán 1979, pág. 146

⁴⁸ CSJN, "Fallos" 175:311; 191:197.



descalificado posteriormente⁴⁹, pero recientemente nuevamente los ha justificado⁵⁰. No así la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires, que en su reciente Constitución los ha excluido.⁵¹

XI. CONCLUSION

A la facultad, atribución o competencia del Estado de limitar los derechos por razones de interés general, se le ha llamado poder de policía, denominación que si bien es impropia, metajurídica, ha sido impuesta en nuestro derecho por una práctica jurisprudencial y doctrinaria, como otras tantas, por la costumbre viciosa de imitar recetas extranjeras. Estamos, en realidad, ante una resultante del régimen jurídico de la función administrativa, que la propia Constitución prevé en el art. 14 cuando dice: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio...", por ello no cabe hablar sino de limitaciones administrativas⁵². La actividad policial se presenta como una regulación de limitaciones a la libertad individual en sus relaciones con el bien común.

Tales limitaciones deben ser razonables para ser válidas. El Estado debe asegurar el imperio del Derecho y una justa convivencia social, para ello debe conjugar armónicamente sus prerrogativas con las garantías del particular.

⁴⁹ CSJN, "Fallos" 237:636.

⁵⁰ Según comentarios periodísticos recientes.

⁵¹ Art. 13, inc. 11.

⁵² FIORINI, Bartolomé, *ob. cit.* págs. 107/8.

**LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE
POLICIA Y LA GARANTIA DE LOS
DERECHOS CONSTITUCIONALES**



LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE POLICIA Y LA GARANTIA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

**Por María Amparo Grau
Profesora de Derecho Administrativo de la
Universidad Católica "Andrés Bello" y de la
Universidad Central de Venezuela.**

La conferencia del profesor Hutchinson plantea una reflexión que permite comprender el diseño mismo de los temas asignados en estas Jornadas, que mercedamente sirven de marco para poner de relieve, una vez más, los méritos de nuestro ilustre profesor Allan Brewer-Carías.

Policía, coacción y represión son tres temas diferenciados que corresponden a igual número de ponencias en estas Jornadas sobre las formas de la actividad administrativa.

Y es que cuando se pretende abordar la materia a la que se ha denominado "Policía Administrativa" -con todas las críticas que al respecto se han hecho y han sido expuestas en la ponencia que se comenta- suele en doctrina conseguirse una equiparación o integración de estas tres nociones: limitación de derechos y libertades, coacción y sanción como elementos integradores del concepto "policía administrativa", una parte de la actividad que corresponde desarrollar a la Administración.

Así, el Maestro Garrido Falla la define como el conjunto de medidas coactivas utilizables por la Administración para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública o como la actividad que despliega la Administración en el ejercicio de sus propias potestades que, por razones de interés público, limita los derechos de los administrados mediante el ejercicio, en su caso, de la coacción sobre los mismos.¹

Ranelletti indica que esta actividad se realiza limitando o regulando la actuación de los particulares y eventualmente, si fuese necesario, por medio

1. Garrido Falla, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen II. Segunda Edición, pág. 158. S.A.E: Gráficas Espejo. Madrid, 1980.

de la coacción, a fin de garantizar al todo social y sus partes contra daños o lesiones, infracciones de sus derechos que puedan provenir de la actividad de los individuos.²

En este mismo sentido, Héctor Jorge Escola la identifica con el conjunto de medidas coactivas utilizables por la Administración a fin de que los particulares ajusten sus actividades a una finalidad o exigencia de interés público.³

Las notas imposición de límites, coacción y sanción resultan aspectos afines a la llamada actividad de policía. Sin embargo, nos enseña el ponente a través de su magistral exposición que "La historia de la palabra policía presentaba en forma manifiesta coerción y sanción, subestimándose su causa fundamental, cual es la de limitar jurídicamente la libertad y los derechos individuales para la convivencia social."

Hace además énfasis en estos criterios al expresar que "la coacción no integra necesariamente la sustancia del concepto, es tan sólo un incidente que se pone en ejercicio cuando fracasan las medidas preventivas o intimaciones que formula la Administración en orden al cumplimiento de las obligaciones, deberes y cargas que las normas imponen a los particulares."

Y es que la mayor o menor necesidad de acudir a la coerción y sanción en el marco de la actividad de policía se encuentra íntimamente vinculada con el grado de desarrollo y evolución del estado de derecho, basado como éste lo está, en el respeto como valor fundamental de la convivencia social.

De tal manera que la policía administrativa es, en sentido material, la actividad de la Administración mediante la cual se limita el actuar de los particulares, en atención al aseguramiento del orden público. De allí que incluso se haya definido al derecho administrativo mismo como el ordenamiento jurídico que rige a las libertades públicas frente a las potestades del Estado.

2. Ibidem. pág. 161.

3. Escola, Héctor Jorge. Compendio de Derecho Administrativo. Volumen 11, pág. 880. Ediciones De Palma. Buenos Aires, 1984.



Coacción y sanción, la primera, como prerrogativa de la Administración mediante la cual ésta puede imponer y ejecutar, por si misma, el contenido de sus decisiones, y la segunda, como instrumento correctivo de la conducta tipificado, exhaustiva y concretamente, como infracción administrativa, son aspectos que integran la noción de policía vinculados a su sustrato -limitación de derechos y libertades- pero independientes de éste, y de allí la importancia de su estudio como temas autónomos, como se hace en estas Jornadas.

Entendida así la policía administrativa, el concepto de orden público se impone como elemento definidor de esta noción. De las palabras del ilustre expositor se infiere que la noción de orden público delimita el concepto mismo de policía administrativa y que su fluctuación opera según la mayor o menor intervención del Estado, lo cual varía de acuerdo al país y tiempo de que se trate.

Nuestro Supremo Tribunal, en su Sala Político-Administrativa, al referirse a la actividad de policía administrativa, ha puesto también de relieve la noción de orden público, al señalar en una de sus decisiones, lo siguiente:

... es lo cierto que la noción de policía administrativa, *in genere* responde, fundamentalmente, a una situación material o de hecho, a saber: el mantenimiento del orden público en sus expresiones generales, como dice la doctrina dominante: tranquilidad, seguridad y salubridad..."⁴

Como fundamento de la policía administrativa el orden público alude a la idea de paz pública y ésta a su vez comprende los clásicos aspectos de la seguridad, salubridad y moralidad, todo ello en situaciones de normalidad, lo cual permite invocar la emergencia también como fundamento de la policía administrativa, pero de excepción.

Se prevé en efecto como parte de la policía administrativa, al lado de un régimen ordinario, uno de carácter extraordinario y excepcional que se concibe, en palabras de Marienhoff, en "...lapsos breves que trasuntan una anormal situación aguda."⁵ En Venezuela podemos citar como ejemplo muy reciente de esta actividad de policía de excepción, las limitaciones en materia cambiaria y financiera.

4. Sentencia de fecha 7 de julio de 1981. Gaceta Forense, Tercera Etapa, Año 1981 (Julio Septiembre) Vol. I Número 113. Páginas 42 y 43.
5. Marienhoff, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo.

Pero también en situación de normalidad se reflexiona acerca de una ampliación del concepto de orden público, al incluirse otros aspectos como los relativos al urbanismo, a la materia ambiental, de cultos, etc.

La doctrina argentina plantea asimismo, ya en términos más generales, la consideración de una policía de prosperidad, derivada de los principios que reconocen como obligación del Estado la promoción del bienestar general.

Ello ha permitido, incluso, considerar dentro de la noción de orden público, el orden económico. Y es que en un régimen democrático-liberal, donde se reconoce una distinción entre la esfera de acción del poder del Estado y la reservada a los Individuos, teniendo en cuenta la existencia de una Constitución económica en la que se propende a una economía competitiva, previéndose, sin embargo, la intervención estatal para corregir las posibles disfunciones, puede afirmarse que la actividad de policía en el ámbito económico encuentra fundamento en la propia Constitución.

Así ha de entenderse cuando en el Texto Fundamental se contempla, por ejemplo, la prohibición de los monopolios y de las maniobras abusivas encaminadas a obstruir o restringir la libertad económica.

La promoción de los intereses económicos de la colectividad da lugar a una actividad de policía, como la que existe hoy en materia de libre competencia y de regulación de precios.

Pero de otra parte, la fundamentación de este régimen, de economía competitiva en postulados de justicia social da lugar también a potestades de policía, que derivan, entre otros, de la consagración de la función social de la propiedad y su limitación por ley (artículo 99), la planificación de la iniciativa privada a fin de impulsar el desarrollo económico del país (artículo 98) y el beneficio colectivo al que ha de estar dirigida la explotación de los recursos naturales (artículo 106)

En el marco de esta ampliación del concepto de orden público, hemos mencionado una materia que hoy, puede firmarse, se incluye como tema que atañe al orden público universal: la policía administrativa ambiental.



Dentro de los distintos cometidos que ha asumido el Estado Moderno, la protección y conservación de los recursos naturales se presenta como una de las principales necesidades a cubrir. El carácter *racional* de la explotación de los recursos naturales, y la exigencia de una planificación prospectiva en cuanto al uso y aprovechamiento de tales recursos, plantean la necesidad de un conjunto de medidas administrativas -específicamente de policía- dirigidas a restringir la conducta de los administrados en aras de este especial cometido.

En tal sentido, entre nosotros, el artículo 16 de la Ley Orgánica del Ambiente prevé que la *guardería ambiental* comprende "... el examen, vigilancia y la fiscalización de las actividades que directa o indirectamente pueden incidir sobre el ambiente ..."

De tal manera que de acuerdo a la materia, la policía ha abarcado la seguridad, salubridad o higiene, moralidad y, más modernamente, la industria y comercio, prensa, culto, urbanismo, ambiente, y así todas aquellas otras categorías que se integran en la noción de orden público, que ha variado, tal y como lo afirma el expositor, según la época y el país de que se trate y la mayor o menor intervención del Estado que se estime necesaria para garantizar la convivencia social pacífica y, también, de bienestar.

La clasificación de la policía administrativa en atención a las materias que integran la noción de orden público es común en la doctrina., en la que también se encuentran otros criterios clasificatorios acerca de este tipo de actividad.

Ello deriva, en buena parte, de la heterogeneidad propia del concepto de policía administrativa, donde se han enmarcado actividades bastante disímiles. Así, el Consejo de Estado Francés⁶ ha catalogado como medidas de policía administrativa, la prohibición de ciertos juegos en lugares públicos; la reglamentación de las manifestaciones exteriores de cultos religiosos; la retirada de certificado para la conducción de vehículos; el secuestro gubernativo de varios números de publicaciones periódicas; la exclusión de un comerciante del mercado municipal y, entre otras, las potestades de la administración sobre el comercio ambulante.

6. BARCELONA LLOP, Javier D. "Policía Administrativa". En "Nueva Enciclopedia Jurídica". Editorial Francisco Seix, S.A. Barcelona, 1989. Páginas 943 y siguientes.

Situación similar ocurre en nuestro país, donde distintas legislaciones regulan la policía administrativa en materia de urbanismo, expropiación, minas, medio ambiente y otros más.

A pesar de esta disparidad, siempre subyacen en las distintas manifestaciones del poder de policía las nociones comunes: el orden público, y limitación del ámbito de actuación de los administrados.

Pero no sólo ha sido el criterio sustantivo el empleado para clasificar y estudiar las distintas medidas de policía administrativa, sino que ésta ha sido también clasificada en atención al sujeto activo titular de la competencia de policía.

Vemos así como, por ejemplo, Héctor Jorge Escola clasifica la policía administrativa de acuerdo a la jurisdicción, en nacional, provincial y municipal.

Entre nosotros este aspecto reviste interés particular, en atención al tema de las competencias exclusivas, concurrentes y compartidas entre los tres niveles político-territoriales que integran el Estado, tanto más si se tiene en cuenta que nuestro Texto Fundamental expresamente atribuye a la legislación nacional la reglamentación de los derechos y garantías constitucionales (artículo 136, numeral 24). Ello ha dado lugar a consideraciones como las que en materia de descentralización territorial, ha hecho el profesor Linares Benzo al afirmar que "... el aspecto más álgido de la ordenación de los sectores que se atribuyen a los Estados, que es la posibilidad de incidir en la esfera de los particulares, debe quedar reservado al Poder Nacional..."⁷

Por lo que se refiere al fundamento de la policía, si bien entre nosotros pudiera hallarse en la misma norma Constitucional citada (artículo 136, numeral 24) así como en todas aquellas que regulan los derechos individuales, supeditándolos a la posible limitación legal, ha de tenerse en cuenta lo sostenido en cuanto a que esta potestad resulta anterior a la ley, inhe-

7. Linares Benzo, Gustavo José. El Artículo 137 de la Constitución y la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público en Leyes para la Descentralización Política de la Federación, pág. 151. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990.



rente a toda soberanía, y que no requiere incluso ser reconocida por la Constitución (Campell Bach, citado en González Calderón).⁸

En este sentido se ha dicho que es un derecho incontrovertible e inalienable de la sociedad jurídicamente organizada, pertenece a todo poder constituido para asegurar el cumplimiento de sus fines.

Mas, el advenimiento del Estado de Derecho -que plantea como principio fundamental el reconocimiento de los individuos como portadores de libertades y derechos individuales- impone la regla de la competencia objetiva derivada de ley expresa como condición que habilita y legitima el ejercicio del Poder del Estado para establecer limitaciones a los derechos privados.

Al implicar la policía administrativa una actividad limitante de derechos del individuo (libertad y propiedad, fundamentalmente), se exige una ley formal en tanto que la actividad de policía requiere un acto administrativo previo. De allí deriva la distinción explicada por el Profesor Hutchinson entre poder de policía y policía administrativa.

El autor español López Pellicer al respecto indica: "No existe, por ello en el Estado de Derecho, una potestad de policía autónoma o independiente de la ley formal, puesto que tal potestad ha de venir atribuida siempre por ésta a la Administración de forma explícita o implícita (en este supuesto en la medida necesaria e indispensable para realizar la finalidad de la norma legal atributivo, no para suplir la exigencia de ésta)."⁹

Se erige así la legalidad en uno de los principios limitativos de la actividad de policía, en la cual -afirma el profesor Hutchinson- ésta tiene mayor grado de exigencia y rigorismo.

Y tal legalidad encuentra su primaria regulación en la Constitución, desde que tal cuerpo normativo contempla disposiciones, relativas a las relaciones entre la Administración y el administrado, dentro de las cuales contiene los postulados básicos de la actividad de policía.

8. Marienhoff. Op cit. Pág.

9. López Pellicer, José A. Lecciones de Derecho Administrativo. Tomo II. Murcia, 1989. Editorial Civitas.

Así, el artículo 43 de la Constitución prevé que todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social. La noción de *orden público* a que se refirió el constituyente, es afín con la finalidad de la actividad de policía, según lo expuesto anteriormente.

En igual sentido, el orden público aparece en el artículo 65 *eiusdem*, como limitante a la libertad de culto, mientras que en materia *económica*, la Constitución prevé la limitación del derecho a dedicarse a actividades lucrativas por razones de seguridad " u otras de interés social".

Ahora bien, la intervención de la Administración sobre la esfera jurídica de los particulares puede manifestarse en el ordenamiento jurídico mediante la atribución de potestades que se concretan -indica García de Enterría- en alguna de estas cuatro formas jurídicas: Reglamentos, actos administrativos, contratos y actos de coacción directa.¹⁰

Esta última categoría, los actos de coacción directa, resulta en verdad de particular interés, pues en ella se agrupan las actuaciones materiales en las que no precede un procedimiento formal, a cargo, ordinariamente, de los cuerpos de policía (los cuales también se distinguen respecto de la policía administrativa), y que se justifican como medidas inmediatas, provisionales e indispensables para el mantenimiento o restablecimiento del orden público o ejecutadas como actos preparatorios de una actividad de policía administrativa propiamente dicha.

Aun en este caso, la legalidad impone que su fundamento deba hallarse bien en una regulación general o bien en cada uno de los supuestos específicos.

Y esa misma legalidad, en el marco de un Estado de Derecho, determina que incluso la medida de coacción directa esté sujeta al control de legalidad por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, respecto del elemento competencia, causa legitimadora, fin y proporcionalidad y asimismo determina que su ilicitud pueda dar lugar a responsabilidad.

10. García de Enterría. Curso de Derecho Administrativo. Tomo 11, pág. 93. Editorial Civitas. Madrid, 1981.



De otra parte, hay también que distinguir los actos de policía administrativa de los actos de policía judicial, siendo esta última una actividad que se realiza bajo la dependencia de los órganos de la justicia penal para la averiguación y comprobación de hechos punibles y para lograr el descubrimiento y detención de sus autores, así como su debida represión.

La vinculación que puede darse entre la policía judicial y la policía administrativa procede de su relación con la noción de orden público, pues a ello ambas propenden.

Ahora bien, el hecho de que los órganos de policía judicial se hallen integrados en la estructura general de la Administración, en modo alguno debe aparejar confusión funcional.

Aun cuando tal ubicación, desde el punto de vista organizativo, pueda estimarse, en palabras del autor español López Pellicer, atentatoria del principio que veda el servicio a dos señores a la vez, pudiéndose dar lugar a conflictos entre ambos poderes -Ejecutivo y Judicial-, el aspecto funcional determina la delimitación entre la policía administrativa y judicial.¹¹

Por ello luce inaceptable que a una misma Administración además de actividades de policía administrativa se le encomienden actividades de policía judicial.

Tal confusión, también en el aspecto funcional, no sólo afectaría los principios relativos a la organización, sino que infligiría seriamente la seguridad jurídica de los administrados respecto de quienes, la autoridad, en base a las potestades reconocidas por el ordenamiento jurídico, realiza una actividad incidente en sus esferas jurídicas subjetivas, pues plantea la incertidumbre acerca de cuál es la naturaleza de la acción a la que estarían éstos sujetos.

Ejemplo de lo anterior es el caso del Instituto que se ha creado en materia de protección al consumidor y al usuario, al cual asigna la Ley actividad fundamentalmente de policía administrativa pero define, a la par, como órgano de policía judicial.

11. López Pellicer. Op. Cit., pág. 41.

En tal caso la previsión que en dicho texto normativo establecía la posibilidad de que en los supuestos de delitos, el órgano instructor ordenase la aprehensión preventiva de bienes y de ser éstos perecederos o susceptibles de deterioro su venta por la autoridad competente, habría dado lugar -según alegaban los afectados en un caso concreto- a que esta autoridad actuando como policía administrativa se estimase habilitada para "rematar" la mercancía a que se refería un procedimiento de naturaleza administrativa.

Ante esta situación que se debatió por vía de amparo constitucional, el Tribunal determinó que la única posibilidad que tiene esa autoridad administrativa de vender forzosamente bienes, la tiene atribuida cuando actúa en funciones de órgano instructor, como auxiliar de los órganos de la justicia criminal, esto es, actuando como órgano de policía judicial y bajo las instrucciones del juez penal.

En el fallo correspondiente se estimó necesario precisar que "si bien es cierto que en las delicadas e importantes funciones de protección al consumidor que al Indecu confiere la ley, el órgano administrativo está en el deber de denunciar los hechos constitutivos de delito y, de ser el caso, de ejecutar, como órganos auxiliares de justicia, las comisiones que le sea confiadas por el juez penal, no es menos verdad que tales actuaciones han de deslindarse de las facultades de naturaleza estrictamente administrativas que igualmente le corresponden y dirigidas al establecimiento de responsabilidad administrativa, no pudiendo utilizarse el aspecto penal de la legislación de protección al consumidor como un elemento intimidante para el efectivo ejercicio de la función administrativa."¹²

Ello constituye sin duda evidencia de la inadecuación que respecto de los principios expuestos constituye la confusión funcional entre la policía administrativa y la judicial.

Otro principio que se invoca como límite a la actividad de policía es el de la igualdad que, como señalara el profesor Humberto Briceño, se encuentra ciertamente conectado al tema del precedente administrativo, cuyo

12. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 6 de marzo de 1996, caso *Cauchos Valey y Otros contra el Indecu*.



carácter vinculante deriva, el citado autor, de la regulación contenida en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.¹³

Proporcionalidad y razonabilidad son otros de los principios que de manera específica se aplican a la actividad de policía. Ellos han determinado la consideración establecida por el Máximo Tribunal acerca de que las restricciones y obligaciones a que sea sometida la propiedad no pueden ser de tal naturaleza que impliquen su extinción o una limitación de un grado tal que la vacíe de contenido y, por lo tanto, lesionen la esencia misma de ese derecho y lo desnaturalice (criterio ratificado en sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 11 de febrero de 1992, caso Ordenanza Especial de Zonificación del Sector El Rosal).

No está en la esencia de las cargas, limitaciones o gravámenes, según la doctrina jurisprudencial expuesta, que el titular del dominio, o quien lo suceda renuncie de modo tácito implícito a todos los derechos y expectativas que le acredita la condición de propietario, entre los cuales está la de accionar para pedir la reparación de los daños y perjuicios que soporta la propiedad. (Sentencia de la Sala Político-Administrativa de fecha 27 de enero de 1992, caso Promociones Terra Cardón, C.A.).

Por lo que se refiere a los principios limitantes de la actividad de policía cabe considerar que además de aquellos que de manera, específica se han mencionado se incluyen también en la técnica limitativa de esta actividad todos los principios generales del derecho: irretroactividad, buena fe, presunción de inocencia, entre otros, sirven igualmente para controlar la injusticia de las normas o de los actos administrativos que restringen los derechos individuales.

Para finalizar y a manera de conclusión, resultan de verdadero interés las reflexiones del ponente acerca de que el contenido de la actividad de policía no sólo está referido a los actos limitativos de los derechos individuales sino que se relaciona con las técnicas de las llamadas operaciones de gravámenes que vienen a crear y ampliar situaciones pasivas de los particulares frente al Estado. No sólo en limitaciones de derechos se traduce así el moderno poder de policía -señala el profesor Hutchinson- sino también en delimitaciones del contenido normal del derecho (v.g. en la técnica concesional).

13. Bricceño León, Humberto. El Valor del Precedente en el Derecho Venezolano en Derecho Procesal Administrativo, pág. 62. Vadell Hermanos Editores. Valencia, 1995.

En estos momentos, en Venezuela, cuando el Estado se replantea su intervención en las vida económica y social, de tal manera que se imponen mecanismos tendentes al traspaso a manos particulares de actividades antes a cargo de órganos del sector público, cuando privatización y concesión son conceptos fundamentales de nuestra actualidad jurídica, resulta aún más de interés esta reflexión que se deriva de la brillante ponencia del profesor Hutchinson.

Podemos nosotros acaso también afirmar, como lo hace el tratadista argentino Miguel Marienhoff que "...a raíz del amplio contenido asignado actualmente al "poder de policía", su noción conceptual vuelve al originario punto de partida: gobierno de la ciudad; totalidad de las actividades estatales; actividad pública o estatal; totalidad de la Administración interna."¹⁴

Debemos, siguiendo la actual tendencia de la doctrina alemana, hablar como concepto general para la actividad interventora, de la Administración de una Administración ordenadora no del orden público sino de las actividades privadas, en lugar de hablar de policía administrativa y en contraposición a la actividad de carácter prestacional o, por el contrario, debemos afirmar, siguiendo al Maestro español Eduardo García de Enterría que Dada la multivocidad y cambio sucesivo de sentidos que ha tenido el término policía a través de un largo y complejo transcurso histórico, desde su origen al final de la Edad Media, no parece aconsejable convenir ahora un sentido nuevo para dicha expresión, ya suficientemente torturada..."¹⁵

14. Marienhoff Miguel, Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV, pág. 52 l).

15. García de Enterría. Op cit. pág. 97.

**LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE
POLICIA Y LA GARANTIA DE LOS
DERECHOS CONSTITUCIONALES**



LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE POLICIA Y LA GARANTIA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Por Lubín Aguirre

El Profesor Hutchinson nos ha brindado una magistral conferencia de un amplio contenido y riqueza que abarca desde la cuestión terminológica, referida al concepto de policía administrativa, su evolución histórica y noción moderna, los principios que la gobiernan, la escala o progresión a la que responde según su intensidad, hasta una detallada explicación de las diversas técnicas jurídicas en que esa actividad se expresa.

Nunca ha sido fácil para quienes ejercen el poder asumir con suficiente consciencia las exigencias que derivan del régimen de libertades instituido por el constitucionalismo moderno, donde la libertad es entendida como un estado previo y cualquier limitación que se le pretenda poner no puede venir más que de la representación popular, es decir, de la Ley.

Esa conclusión había sido ya obtenida en el artículo 4 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano:

“La libertad consiste en hacer todo lo que no perjudica a otro: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otro límite que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por la Ley”.

La garantía constitucional de los particulares frente a la actividad administrativa de limitación de sus derechos está en la exigencia de ese respaldo normativo específico que es la Ley. La Administración para poder activar cualquiera de las técnicas de limitación de derechos sobre los particulares precisa de un respaldo normativo explícito por tratarse de una restricción de facultades que a su vez encuentran en otras normas legales su construcción positiva, lo cual supone una alteración de éstas o al menos un condicionamiento a su eficacia plena.

Esta tesis es hoy elemental y supone no obstante negar la existencia de un supuesto poder abstracto y general de la Administración capaz de intercalarse a su arbitrio entre la titularidad de un derecho del ciudadano

y su ejercicio. Era en lo que consistía justamente la construcción absolutista del *ius politiac* que afirmaba la existencia en la Administración de un poder general e indeterminado utilizable discrecionalmente para prevenir los peligros que para el orden general pudiese ocasionar la libertad privada; esta potestad genérica se apoyaría, a su vez, en un supuesto deber de los súbditos igualmente general, el deber de guardar el orden. Esta tesis no es de recibo en nuestras constituciones en las que se imponen claramente las atribuciones legales específicas de potestad. Ni siquiera en la policía de orden público se admiten hoy día poderes indeterminados en manos de la Administración.

Así pues, la limitación de derechos como restricción a la libertad debe venir cubierta en cada caso por una Ley formal, que no puede ser cualquier Ley habida cuenta de que los derechos fundamentales en que la libertad se concreta vienen garantizados en la Constitución, que es intangible, incluso, para el propio legislador. Deben ser leyes que el constituyente específicamente haya indicado con virtualidad para contemplar tales limitaciones.

En cuanto a los sistemas de intervención administrativa, en la doctrina mayoritaria se presentan dos grandes modelos: el represivo y el preventivo. El primero supone la existencia de una completa regulación previa de la actividad, donde sólo *a posteriori*, en los casos en que se compruebe que la misma se ha desarrollado fuera de los causes de la reglamentación establecida, surge la reacción por vía de sanción

PARADA -nuestro ilustre invitado español en estas jornadas- considera que las sanciones están fuera del ámbito de la actividad limitativa ya que con ellas, al igual que con la coacción, no se limita la libertad de los particulares porque el empleo de la sanción y la coacción suponen siempre una situación ilegítima del particular. Dice que de una situación de ilegitimidad y antijuridicidad del particular no se deriva una limitación de derechos, sino una acción o actividad de restablecimiento del orden perturbado; que no se puede hablar de un derecho de los administrados a conducir temerariamente o de un derecho del funcionario a faltar a su trabajo. Sin embargo, creemos que el contenido de la sanción puede ser la limitación de un derecho diferente al que se refiere a la situación de ilegitimidad y antijuridicidad en la que ha incurrido el particular, por eso caben dentro de las categorías de actividad de limitación.



Y el sistema preventivo que supone una intervención más intensa, una mayor restricción de la libertad, ya que a la regulación previa de la actividad mediante las normas correspondientes se une la comprobación, también previa, por la Administración de la adecuación a la misma del concreto proyecto ideado por quien pretende ejercer dicha actividad, de forma que sólo cuando esa comprobación tenga un resultado satisfactorio se levantaría la prohibición general que la ley reguladora establece como punto de partida.

La libertad es la regla, la limitación es, en cambio, la excepción y como tal debe ser de interpretación restrictiva. Por ello resulta claro que serían inconstitucionales aquellas normas que dejan en manos de la Administración la potestad de decidir sobre la posibilidad de ejercicio por los ciudadanos de las libertades que la Constitución les reconoce y que -en nuestro caso- el artículo 43 proclama diciendo que no deberán tener más limitaciones que las que deriven del derecho de los demás y del orden público y social.

BREWER nos acota "...esta actividad del estado de velar por el mantenimiento del orden público y social y por el respeto mutuo de los derechos constitucionales implica, en primer lugar, la necesaria existencia de la libertad, pero no de una libertad ilimitada, sino de una libertad sujeta a limitaciones y conforme al principio constitucional de la reserva legal, estas limitaciones a los derechos y libertades constitucionales sólo puede ser establecida por ley formal"

En resumen, es la reserva legal la garantía constitucional que por vías de amparo pueden invocar los particulares frente al peligro de abusos cometidos por las autoridades administrativas.

Una situación que se viene presentado entre nosotros últimamente debido al proceso de descentralización administrativa y transferencia de competencia a los estados federados, antes ejercidas por el Poder nacional, es la relativa al conflicto provocado por la pluralidad de ordenamientos que en un momento determinado pudieran parecieran concurrir en la regulación de una misma materia, y que establecen limitaciones a los derechos y libertades de los particulares. En otras palabras, hay competencias transferidas a los estados que tienen ya -en esos estados- regímenes dictados

por sus legislaturas, mientras que en los restantes estados federados que no han recibido esas competencias continúa vigente el régimen previsto en la Ley nacional. Esto ha llevado a plantear impugnaciones contra actos administrativos que imponen limitaciones de derechos basados en esos ordenamientos regionales, aduciendo violación de la garantía de la reserva legal, por entender los recurrentes que esa garantía de Ley formal solamente puede dispensarla la Ley que emana del Congreso Nacional.

Y es un error esa concepción. Los entes públicos territoriales son titulares también de poderes públicos superiores y específicamente de un poder normativo general, con efectos sobre cuantos se encuentren en su territorio, porque tales entes gozan de autonomía por mandato de la Constitución; son entes públicos de primera significación como partes integrantes del mismo Estado, al cual componen y en cuya voluntad superior participan. No son simples entes administrativos de gestión de intereses subalternos, sino que poseen una verdadera sustancia política por su misma posición constitucional y por la circunstancia de que cuentan para la gestión de sus funciones con el poder político por excelencia, que es el poder legislativo, el poder de hacer Leyes formales. Es lo que significa el concepto de "autonomía", según su misma etimología, la capacidad de autonormarse.

En el seno de ese ámbito autonómico propio, constitucional y legalmente establecido (artículos 16, 17, 137 de nuestra Constitución), las normas estatales son supremas y excluyen a las normas de cualquier otro ordenamiento, por lo que no son normas jerárquicamente subordinadas a las del Congreso Nacional y para explicar su primaria relación con éstas no se necesita acudir al principio de la jerarquía, sino al principio distinto de la competencia. Las Leyes estatales pueden, entonces, cubrir perfectamente por sí mismas la reserva constitucional de Ley requerida como garantía para la aplicación de actos limitativos de derechos, con lo cual su identidad de naturaleza con la Ley nacional queda definitivamente establecida ya que tienen el mismo rango, el mismo valor, y la misma irresistibilidad. Así pues, no se quebranta ninguna garantía constitucional cuando a través de una Ley formal estatal se crean normas que sirven de cobertura al ejercicio por la Administración de potestades de limitación a derechos y libertades de los particulares, siempre y cuando versen -por supuesto- sobre materias de la competencia que le es especialmente atribuida según la Constitución.



II

Lo que más suele identificarse con la actividad administrativa de policía es la coacción directa o inmediata en manos de la Administración, que parte del supuesto específico de la coacción administrativa lanzada inmediatamente contra una situación de hecho contraria al orden, sin el intermedio de un acto administrativo previo, que sí existe en la ejecución forzosa y que la hace por ello una coacción “mediata”. Por ejemplo, la actuación policial frente a un tumulto callejero, o la defensa, igualmente por medios policiales, de una cosa o de una institución afectos al servicio público, o la prevención de un hecho punible, o la acción inmediata frente a una calamidad pública. En todos esos casos dicen GARCIA Y FERNANDEZ se intenta, más que la ejecución forzosa de una obligación individual desatendida, la rectificación inmediata de una situación de hecho, normalmente colectiva, aunque también posiblemente individual, situación que es por sí misma contraria al orden y que demanda por ello una reacción instantánea, que no permite el sistema normal de una decisión declarativa previa y de una opción de cumplimiento voluntario.

Por ello, no puede concluirse que por ello se dé aquí un puro y simple uso de la fuerza coactiva, sin previo acto administrativo. Ya sabemos que no puede haber acción administrativa sin decisión previa de actuar que le sirva de fundamento (art. 78 LOPA). Como en todos los casos, la decisión administrativa es la particularización de la abstracta habilitación legal en las circunstancias concretas. El uso de la fuerza no es un uso ciego, sino un uso reflexivo.

GARCIA DE ENTERRIA nos dice: “La peculiaridad de la coacción directa no radica, pues, en que no la preceda un acto administrativo previo, sino en la posición de ese acto, que inevitablemente la precede y la ordena. El acto en cuestión es una simple “orden de ejecución” o de puesta en aplicación de la fuerza y no un “título ejecutivo” en el sentido que hemos visto en la ejecución forzosa. Orden de ejecución existe también en la ejecución forzosa y es el acto que dispone la aplicación de la coacción para realizar el contenido del título ejecutivo que se ha incumplido. Lo peculiar aquí es que la orden de ejecución se dicta sin un título ejecutivo previo e incumplido; lo directo e inmediato no es la coacción, como se ha pretendido, sino, precisamente, la orden que la pone en marcha, la cual

no pretende realizar un acto incumplido anterior, sino que encuentra en la situación contraria al orden, simplemente, su propia causa.”

Entonces, lo que no hay es procedimiento previo en las órdenes de aplicación de la fuerza, las cuales con normalidad se hacen en forma verbal, lo que implica que la competencia para su adopción es confiada normalmente a las autoridades ejecutivas, e incluso a los simples agentes, en inmediato contacto con las circunstancias causales.

Nos refieren los maestros españoles un caso: la fuerza pública había penetrado en un edificio religioso y se impugnaba la legalidad de la medida. No figurando en el expediente acto declarativo alguno el Tribunal declaró la inadmisibilidad del recurso por inexistencia de acto recurrible. El acto, obviamente existía, la orden de penetrar en el edificio, acto evidenciado por la actuación material misma, aunque no estuviese formalizado por escrito. La generalización de la tesis de esa sentencia -acotan los autores- haría incontrolable la coacción administrativa inmediata, lo que comportará mayor gravedad.

La coacción inmediata es, como nos consta, una manifestación jurídica de la Administración y por ello resulta sometida a la misma regla de la legalidad que las restantes manifestaciones de la misma. Fuera de eso límites precisos, el uso por la Administración de sus medios coactivos efectivos en sus relaciones con los demás sujetos, pierde toda legitimidad y se presenta como una actuación jurídicamente viciada, como un abuso grave de su prepotencia, es decir, como una “vía de hecho”, manifestación característica de una nulidad de absoluta en la actuación fáctica administrativa, no cubierta ni justificada en el Derecho, y que cabe en el supuesto de incompetencia manifiesta previsto como causal de nulidad absoluta de los actos administrativos en el artículo 19 de nuestra Ley de Procedimientos Administrativos.

**LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA
REPRESIVA Y EL REGIMEN DE LAS
SANCIONES ADMINISTRATIVAS
EN EL DERECHO ESPAÑOL**



**LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA REPRESIVA Y
EL REGIMEN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS
EN EL DERECHO ESPAÑOL**

**Por
Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid**

**I.
INTRODUCCION**

El interés general se traduce primero, en un Estado de Derecho, en normas, que imponen límites a la actuación de todos los sujetos, privados y públicos. La contravención de tales límites por los sujetos destinatarios de las normas lleva aparejada con normalidad determinada consecuencia, que, en su caso, puede consistir en infligir un mal al infractor, es decir, en imponerle una sanción. Ésta no es sino una específica técnica de protección o tutela de los correspondientes bienes jurídicos, precisados por la comunidad jurídica, en que se concreta el interés general (objetivo), a través de la cual se persigue un control -represivo de forma inmediata, pero también preventivo de forma indirecta o por disuasión- de la vida social real para la eficacia del orden jurídico y la efectividad, por tanto, de los aludidos bienes jurídicos.

1. *La cobertura constitucional general de la potestad estatal de control de la vida social mediante la técnica de la retribución de la comisión de ilícitos penales y administrativos; la ausencia de reserva del monopolio de dicha potestad al poder judicial*

La Constitución otorga cobertura a la potestad pública presupuesta en el juego de la aludida técnica desde la perspectiva de las garantías individuales, construidas como derechos fundamentales y libertades públicas, frente a su ejercicio (arts. 24, 25 y 26 CE) y contempla tanto el *ius puniendi* en sentido estricto o poder de condena a penas por la comisión de "delitos o faltas" (ilícitos penales), como la potestad de imposición de sanciones por la comisión de "infracciones administrativas". De ello se sigue la im-

portante consecuencia del carácter general de la referida cobertura, también por tanto para la potestad sancionadora de infracciones administrativas, que puede así actualizarse en todos y cada uno de los sectores de la acción administrativa.

En todo caso, resulta de ello un modelo constitucional en el que no se da una correspondencia exacta entre función y organización punitivas, por ausencia de monopolización judicial de la primera. El poder de infligir un mal como retribución por un ilícito aparece repartido entre el poder judicial y el poder ejecutivo (en su condición de poder administrativo) en forma específica, pero que deja amplio margen de libertad al legislador ordinario en el desarrollo de la norma fundamental:

A. Al poder judicial corresponde como tal, en exclusiva, el ejercicio del *ius puniendi*, entendiendo por tal el referido a ilícitos definidos legalmente como penales (delitos y faltas). Como resulta de los artículos 24.2 y 25 CE, su ejercicio tiene lugar mediante *condena* y se traduce en una *pena*. Lo que, en efecto, requiere un proceso previo y la intervención del juez predeterminado por la Ley, requisitos que llevan a la "potestad jurisdiccional" y a la función constitucional de "juzgar y ejecutar lo juzgado" reservada exclusivamente a los Juzgados y Tribunales justamente determinados por las Leyes en el artículo 117.3 CE.

B. A la Administración corresponde únicamente la potestad de retribución de ilícitos definidos legalmente como infracciones administrativas. De los artículos 24.2, 25 y 26 CE se desprende que dicho ejercicio puede ser realizado directamente por la Administración (implícitamente y por falta de prescripción al respecto, conforme a su estatuto subjetivo propio) y se traduce en la imposición de sanciones.

Se aparta, así, la Constitución española del modelo ideal judicialista, al consagrar la coexistencia con el *ius puniendi* estricto reservado al poder judicial de la potestad administrativa de represión de ilícitos meramente administrativos (infracciones de este carácter). Sin embargo y como resulta de lo dicho, esta coexistencia no significa ni concurrencia perfecta, ni equivalencia. Es clara la voluntad de diferenciación de la norma fundamental, que se manifiesta no sólo en la distinta terminología empleada (delito/falta-infracción administrativa; pena-sanción), sino también en el establecimiento de prescripciones especiales para la potestad administra-



tiva (arts. 25.3 y 26 CE) y, sobre todo, en la distinta finalidad institucional de ésta y el *ius puniendi* penal-judicial (la caracterización que de éste se hace en el art. 25.2 CE, en sus manifestaciones más específicas, no rige para aquélla, que responde así a la general de las potestades administrativas según el art. 103 CE) y el menor alcance de la administrativa respecto de la penal: en ningún caso puede comprender la imposición de males que impliquen -directa o indirectamente- la privación de libertad (en tanto que este mal sólo puede ser infligido por una pena, es decir, a través de una condena judicial: art. 25.3 CE). En consecuencia, puede decirse que la Constitución, más que distribuir el *ius puniendi* estatal entre los poderes judicial y ejecutivo (administrativo), legitima la apuntada coexistencia de una potestad administrativa de sanción con el *ius puniendi* propiamente dicho, que atribuye desde luego al primero de dichos poderes.

La diferenciación aludida reposa básicamente (y aquí se concentra la libertad del legislador, que aflora, por ejemplo, en el art. 45.3 CE) en la determinación legislativa ordinaria de los ilícitos penales y administrativos, la acotación de cuyos campos representa la de los ámbitos de los poderes punitivo y de sanción de que se trata (ámbitos que, como veremos, pueden tener zonas secantes).

2 *La inexistencia de diferencia, por naturaleza, entre los ilícitos penal y administrativa y su dependencia de la política legislativa*

En cualquier caso, esa diferenciación suscita la cuestión de la delimitación del Derecho penal y el sancionador administrativo, de gran tradición sobre todo en los países, como los germánicos, en los que se han realizado históricamente esfuerzos doctrinales (O. Mayer, J. Goldschmidt) por construir un Derecho penal administrativo. Tales esfuerzos deben tenerse hoy por superados, al igual que la cuestión misma de que traen causa, en la medida en que es general opinión que no existe una diferencia de naturaleza entre ilícito penal (delito o falta) e infracción administrativa, siendo la elección entre una y otra (y, por consiguiente, entre una vía y otra de represión de las conductas y transgresiones) fruto de una opción de política legislativa -naturalmente, en el marco constitucional- por uno u otro instrumento de tutela (preventivo-represiva) más pertinente al bien jurídico de que se trate en cada caso y cada momento concretos.

El marco establecido por la norma fundamental española constitucionaliza el sistema existente en el momento de su elaboración y promulgación,

fruto de una larga evolución histórica en el curso de la cual la potestad sancionadora de la Administración no sólo se afirma y consolida, sino que adquiere enorme importancia en términos cuantitativos y cualitativos. Aun cuando su desarrollo, al menos con las características actuales y ya en continua progresión (sin que los cambios políticos incidan en ésta), tiene lugar básicamente en este siglo y, más concretamente, a partir de la dictadura del general Primo de Rivera, sus orígenes se remontan incluso al período constitucional gaditano, a pesar de la principal reserva en éste al poder judicial de la función punitiva como consecuencia del principio de división de poderes y como consecuencia de la fuerza inercial (con incidencia en la interpretación de este último principio constitucional) de los planteamientos de la policía administrativa del viejo régimen. Las causas de la persistencia de esta potestad administrativa son desde luego diversas y la doctrina, especialmente R. Parada, ha llamado certeramente la atención sobre las principales que en nuestro ordenamiento la alimentan (desbordamiento e inadecuación del sistema represivo judicial-penal por ausencia de toda intervención de funcionarios públicos en el proceso penal y la supresión de los mismos en la comprobación de las infracciones, la ambigüedad de la figura del ministerio fiscal y la rigidez de la regla *nulla poena sino iudicio*), pero en cualquier caso es constatable que responde a una necesidad práctica o real, organizativa y de funcionamiento, del Estado en el cumplimiento de su función; necesidad que la evolución misma del Estado no ha hecho sino incrementar. Así parece demostrarlo -simplificando mucho- tanto la evolución del modelo anglosajón hacia la admisión de facultades sancionadoras no estrictamente judiciales (fundamentalmente de las conocidas como Administraciones independientes), como el desarrollo desde finales de la década de los sesenta en los países europeos de nuestro inmediato entorno (Alemania, Italia y Portugal) de una decidida y sistemática política de "despenalización". Y así se deduce, en el ordenamiento positivo, de la Exposición de Motivos del vigente Cp, que -tras definir los delitos y faltas como los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado, es decir, la pena criminal- declara la evidencia de la necesidad de su reforma por las profundas modificaciones de orden social, económico y político cumplidas en nuestro país y para la indispensable adaptación positiva a los valores constitucionales, añadiendo luego que la opción que en él se adopta de abandono del principio de universalidad (propio de los Códigos decimonónicos) se justifica se explica por su innecesidad actual desde



el punto de vista constitucional y la importancia que en nuestro país reviste la potestad sancionadora de la Administración.

En cualquier caso, el modelo constitucional se inscribe hoy con naturalidad, salvando la peculiaridad del sistema francés (basado en una específica articulación entre las opciones judicialista y administrativa), en el que rige en la Europa de la que forma parte España, tanto en el plano supranacional (el Derecho comunitario consagra la potestad administrativa de sanción sujeta al control contencioso-administrativo), como en el estatal, desde luego el continental. En consecuencia, no existe criterio válido, no ya para una descalificación, sino siquiera para una valoración negativa del modelo. En la actualidad y salvo la hipótesis de una improbable radical reforma y potenciación de la justicia penal, parece además más que difícil cuestionar la opción constitucional:

A. En la compleja, dinámica y tecnificada sociedad actual, cuya lógica y evolución están forzando incluso la reforma del propio Estado (crisis del Estado y respuesta mediante las políticas de desregulación y privatización), resultan indispensables mecanismos de control social de tipo punitivo distintos del penal-judicial. La organización y las características mismas de las actividades sociales en unos casos y la realización continua y generalizada de éstas en otros, demandan hoy -como condición misma de la igualdad ante el Derecho y la eficacia social de éste- un nuevo equilibrio entre garantías y eficacia del control estatal, que sólo se puede hacer posible mediante la diversificación de los mecanismos utilizables por éste. De ello se ha hecho eco el Tribunal Constitucional (STC 77/1983, de 3 de octubre), cuando, para justificar la opción constitucional, duda de la viabilidad misma de un sistema judicial puro por razón de la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la administración de justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la procedencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con este tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados.

El reconocimiento a la Administración de una potestad sancionadora representa en la actualidad, pues, más que una desviación de los principios que ha de aceptarse por razones puramente pragmáticas, una solución organizativa y funcional con difícil alternativa. Ante la dificultad crecien-

te del cumplimiento por la Administración de sus fines propios en la sociedad de nuestros días con los medios tradicionales, las políticas públicas formalizadas en sectores administrativizados no pueden prescindir normalmente, si quieren asegurar su efectividad, del instrumento sancionador. Más aún, dado el rumbo y la velocidad de la evolución real, el problema principal no es ya tanto justificar la potestad administrativa sancionadora, cuanto su atribución también a las corporaciones públicas de base privada y las llamadas Administraciones autónomas independientes, que componen un variado mundo con fórmulas constitutivas en algunos casos de verdaderos ordenamientos autónomos.

En este contexto, no puede olvidarse que el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 hace hincapié, más que en la condición estrictamente judicial del capaz de decidir en materia civil y penal, en su establecimiento por la Ley y su independencia e imparcialidad.

B. En el plano de los principios, lo verdaderamente esencial es, pues, el respeto a la posición del poder judicial como garante de la libertad; idea a cuyo servicio está también en definitiva el principio de división de poderes propio del Estado de Derecho. Pues bien, tal y como ya se ha advertido, el artículo 25 CE no legitima la potestad administrativa de sanción con un alcance capaz de singularizarla esencialmente de las demás potestades del mismo carácter y, menos aún, de equipararla al *ius puniendi* judicial: le impone -como ha recordado la STC 77/1983, de 3 de octubre- el claro límite derivado de la interdicción de la imposición de sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad. Este límite (precisado en los arts. 17 y 18.2 CE) asegura sin duda la referida posición del poder judicial y clarifica los ámbitos respectivos del Derecho penal y del sancionador administrativo.

Desde este acotamiento del poder sancionador administrativo pierde fuerza toda crítica principialista a la opción constitucional. Respetada la función judicial de garantía de la libertad personal, en el resto la cuestión que más importa no es la de si el poder judicial ostenta o no un monopolio de la total actividad represiva estatal, sino la de si se respetan o no las garantías -organizativas, procedimentales y sustantivas- de que debe estar rodeada dicha actividad, con entera independencia de la autoridad que la cumpla.



Tales garantías quedan desde luego aseguradas en el ordenamiento español, como vamos a tener ocasión de comprobar.

II. LA NATURALEZA Y LAS CLASES DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

No existe, según acabamos de decir, diferencia de naturaleza entre el ilícito penal y la infracción administrativa, siendo fruto básicamente de una decisión de política legislativa la represión del ilícito mediante la vía penal-judicial o la sancionatoria-administrativa. El Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, aplicando los artículos 6 y 7 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 y dotado, por tanto, con la eficacia en el Derecho español que resulta del art. 10.2 CE; a la que ha de añadirse la que le presta hoy lo dispuesto en el artículo F. 2 del Tratado de la Unión Europea), tiene establecida la imposibilidad de la distinción sustantiva y radical entre ambos tipos de ilícitos y sus respuestas estatales sea por su finalidad, sea por el criterio de la gravedad o el de la norma tipificadora, para afirmar la aplicación general a los mismos de los preceptos del Convenio, sin perjuicio de la libertad de los Estados para optar entre ellos en el contexto de sus políticas legislativas (Ss. de 28 de junio de 1978, caso König; 10 de febrero de 1983, caso Albert y Le Comte; y 21 de febrero de 1984, caso Orztürk; también, en cuanto a la aplicabilidad a las infracciones administrativas de los preceptos del Convenio: sentencia de 27 de agosto de 1987, caso Lutz, Englest Nölckenbockhoff).

1. Concepto de sanción y de infracción administrativas

La sanción administrativa es, pues, un mal infligido a un administrado en ejercicio de la correspondiente potestad administrativa por un hecho o una conducta constitutivos de infracción asimismo administrativa, es decir, tipificado legal y previamente como tal. Puede consistir tanto en la obligación de satisfacer una cantidad de dinero (multa), como (en su caso, además) en la pérdida (total o parcial, temporal o definitiva) de una situación jurídica subjetiva favorable constituida por el Derecho administrativo (revocación o retirada de actos favorables, como, por

ejemplo, del carnet de conducir, una licencia de construcción, una licencia de apertura o de funcionamiento de una actividad; pérdida de la carrera funcionarial; expulsión de un centro escolar; etc.). Estos contenidos aflictivos principales pueden ir acompañados -lo que hoy no es infrecuente- de otros accesorios, tales como el comiso de los medios empleados para la infracción o los beneficios ilegalmente obtenidos con ella (así, por ej., en la disciplina urbanística, respecto de los beneficios obtenidos con la venta de parcelas o de construcciones no debidamente autorizadas) y la obligación de reposición de las cosas a su estado anterior a la infracción (así, en la disciplina urbanística y la legislación medioambiental y de costas, por ej.).

Sólo es sanción administrativa, pues, la que constituya -en ejercicio de la potestad correspondiente- retribución típica de una infracción asimismo legalmente típica. Consecuentemente, es rechazable, por incorrecta, la tendencia doctrinal (con algún reflejo jurisprudencial) a extender la noción a toda incidencia administrativa desfavorable en la situación subjetiva del administrado, especialmente la basada en un título administrativo, unilateral o contractual (en este último supuesto propiciada por la confusión generada por la identidad de efectos entre una revocación del acto o rescisión del contrato basada en las condiciones de la propia relación administrativa material y una sanción rescisoria basada en la relación material trabada con la Administración). El Tribunal Constitucional (STC 136/1988, de 4 de julio, desestimatoria de la calificación como sanción de una mera denegación de pensión por falta de los requisitos legales) ha desautorizado la identificación de incidencia desfavorable y sanción. Y la doctrina (E. García de Enterría) ha puesto de relieve cómo en todas las relaciones jurídico-administrativas bilaterales (contratos, concesiones) distintas de las de empleo público la responsabilidad por los eventuales incumplimientos se sustancia en el seno de la propia relación, por virtud de la misma (responsabilidad contractual) y no del poder sancionatorio general, sin otra particularidad sobre las instituciones paralelas jurídico-privadas que la disponibilidad de la autotutela por la Administración.

2. Clasificación de las sanciones

La clasificación doctrinal tradicional de las sanciones administrativas se ha venido haciendo en función de dos criterios básicos: el de distinción entre acción ad intra y ad extra de la Administración, de un lado, y el del



tipo de relación jurídica (de sujeción general o de sujeción especial) que una al sancionado con la Administración. Estos criterios dan lugar a sendas clasificaciones sustancialmente coincidentes, pero no idénticas. Aunque no puede negársele virtualidad sistematizadora a efectos pedagógicos, su valor científico se ha reducido notablemente en la actualidad, no sólo por la crisis que atraviesan dichos criterios (especialmente el de distinción entre relaciones de sujeción general y especial), sino particularmente como consecuencia de la extensión por la Constitución de unas mismas garantías básicas a todo el Derecho represivo o punitivo del Estado y, por tanto, también a todo el Derecho sancionador administrativo. El Tribunal Constitucional, tras una larga década de no cuestionamiento de la categoría de la relación de sujeción especial -coincidente con el manejo desembarazado de la misma por la jurisprudencia contencioso-administrativa-, ha reaccionado a partir de 1990 (primero con la STC 120/1990, de 27 de Junio y luego, ya definitivamente, con la 234/1991, de 10 de Diciembre) para inscribir dicha relación en el orden de los derechos fundamentales y justificar en ella sólo la modulación de éstos cuando así lo demande un bien jurídico constitucionalmente protegido, aplicando los dos siguientes criterios:

1º. La eficacia general de los derechos fundamentales y las libertades públicas y, por tanto, de las garantías constitucionales que derivan de los artículos 24, 25 y 26 CE, determina un mínimo indisponible que el régimen de la potestad administrativa sancionadora ha de respetar en todo caso. Y

2º. La naturaleza misma, concreta y diversa, de la relación jurídico-administrativa material sobre la que deba proyectarse en cada caso dicha potestad sancionadora (criterio este desde el que se entiende la persistencia en la utilización del concepto de sujeción especial), es capaz de modular -en sentido flexibilizador y en virtud de la distinta entidad de las posiciones de los sujetos de la relación- el régimen de la referida potestad, pero siempre a, partir del respeto del aludido mínimo de garantías.

La STC 2/1981, de 20 de Enero, se limita a acoger (sin mayores problemas) la doctrina de la relación de especial sujeción. Y lo mismo hacen las ulteriores siguientes: STC 93/1984, de 16 de Octubre, en materia de funcionarios; STC 74/1985, de 18 de Junio, en materia de internamiento en centros penitenciarios; STC/114/1987, de 6 de Julio, en materia militar; STC 219/1989, de 21 de Diciembre, en materia de colegios profesionales; y STC 47/1990, de 20 de Marzo, en materia

de centros docentes, dando de ella la siguiente definición: "... las (relaciones) que se dan en el ámbito organizativo interno de la Administración...".

La STC 120/1990, de 27 de Junio, a propósito de un asunto de extrema delicadeza planteado por la huelga de hambre de unos internos en establecimiento penitenciario y la consecuente duda acerca de la legitimidad constitucional de la decisión de la Administración penitenciaria de someterlos -al haber alcanzado un punto crítico para su propia vida- a asistencia médica obligatoria dirigida a salvar ésta, aunque concluye afirmando esa legitimidad justamente sobre la base de la "especial" situación (respecto de la Administración) de los sujetos al tratamiento, no fundamenta ya el fallo sin más en tal especialidad, sino -significativamente- en el argumento de que la reclusión en establecimiento penitenciario es causa (constitucional) de limitación de los derechos fundamentales de los reclusos; limitación que, sin embargo, no se da en los ciudadanos ordinarios no colocados en la referida situación.

El salto cualitativo radica sin duda en que la argumentación de la solución parte y presupone la vigencia y efectividad en la situación "especial" del orden constitucional y, específicamente, del de los derechos fundamentales y constitucionales simples. La "debilitación" de éstos por razón de la especificidad de la situación en que se encuentra su titular no significa -y esto es decisivo- no ya ineficacia, sino ni tan siquiera desvalorización de los derechos fundamentales. Supone únicamente la aplicación a tal género de situación, es decir, a la clásica relación especial de sujeción de la teoría general de los límites y las limitaciones propias de los aludidos derechos.

Esta teoría general ya había sido establecida por el propio Tribunal Constitucional, sobre la base de un pronunciamiento anterior (STC 5/1981, de 13 de Febrero) y a propósito del derecho constitucional de la propiedad, en su Sentencia 37/1987, al afirmar que los derechos constitucionales:

"... tienen límites necesarios que derivan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que, respetando siempre su núcleo esencial, puede establecer el legislador".

Así pues, los derechos constitucionales:

a) No son absolutos, pues los derechos absolutos constituyen un absurdo jurídico. Y ello porque, como ya señaló el Juez Holmes "... no hay ninguna buena razón para tutelar la expresión del insensato que grita "fuego" en un teatro asestado de público". Los derechos constitucionales portan en sí mismos, en su propia lógica, sus límites, que les son, así, inherentes.

b) A los anteriores límites pueden añadirse, en último término en los diferentes supuestos reales, las limitaciones (ya externas a los propios respectivos derechos) que resultan de su necesaria convivencia y articulación con otros derechos igualmente constitucionales.



c) Finalmente, a los límites y las limitaciones por razón de otros derechos constitucionales pueden sumarse y de hecho se suman aún las limitaciones extrínsecas que deban serles impuestas, a la hora de su regulación en desarrollo de la Constitución por el legislador, a la vista y por razón de la protección constitucional de otros bienes jurídicos.

d) Las dos operaciones últimas (aludidas en las letras b y c) y, por tanto, las limitaciones encuentran un límite constitucional infranqueable o último (límite de los límites y las limitaciones), que impide la desfiguración de todos y cada uno de los derechos constitucionales y, por tanto, también del orden constitucional de los mismos en su conjunto. Se trata del contenido esencial de los derechos constitucionales (que se deduce de su declaración directa constitucional), que -según el artículo 53.1 de la norma fundamental- debe ser respetado en cualquier caso y circunstancia por el legislador. Esto quiere decir, que cualquier operación de ponderación entre derechos, valores y bienes jurídicos con protección constitucional debe conducir a un resultado final en el que quede salvaguardado el expresado contenido esencial de los derechos constitucionales (SsTC 11 y 32/1981, de 8 de Abril y 28 de Julio, respectivamente).

Sobre esta base, se llega así a la STC 234/1991, de 10 de Diciembre, que puede tenerse por último estadio por ahora de la reconstrucción de la figura. La sentencia aludida se refirió al amparo solicitado por un funcionario de policía frente a la sanción administrativa de traslado añadida a la condena penal dictada por delito de falso testimonio; amparo fundado, así, en la garantía constitucional derivada de la interdicción del *bis in idem*, considerada por la jurisprudencia constitucional implícita en el artículo 25 de la Constitución. Con este motivo, el Tribunal realiza dos declaraciones por sí mismas concluyentes:

a) Primero, que "...La existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones...".

b) Segundo, que "... Las relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto, también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación...".

Estas declaraciones no impiden, sin embargo, al Tribunal concluir la constitucionalidad de la doble sanción penal y administrativa. La razón se encuentra en que concurre en el caso la circunstancia de que "... el interés jurídicamente protegido (con una y otra potestad sancionadora) (es) distinto y la sanción es proporcionada a esa protección". Porque parte del presupuesto de que: "Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además,

que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado".

La limitación del derecho fundamental, es decir, de la garantía frente al ius puniendi resulta legítima, pues, por la justificación que le presta un bien jurídicamente protegido (siendo adecuada o proporcionada a su protección la medida establecida). La idea clave es, entonces, la del interés o bien jurídicamente protegido. En el caso, éste se razona así:

"El interés legítimo de la Administración en su conjunto es el de servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE); el de cada uno de los entes u órganos que la integran, en particular el de asegurar el funcionamiento eficaz del servicio público que les está encomendado, de donde fácilmente se infiere que la conducta de los funcionarios como simples ciudadanos, al margen de su función propia, no entra dentro del círculo de interés legítimo de la Administración y no puede ser objeto de la disciplina de ésta, salvo, claro está, y la salvedad es decisiva, que esa conducta redunde en perjuicio del servicio dada la naturaleza de éste".

En definitiva, pues, el bien jurídico -con relevancia constitucional- definible como cumplimiento por la Administración de su fin institucional propio conforme al estatuto principal consagrado en el artículo 103.1 de la norma fundamental es bastante para justificar una limitación legislativa -en el seno de la relación que une a la organización con sus medios personales y, por ello, relación de sujeción especial- de los derechos fundamentales de éstos.

En consecuencia, una clasificación posible de las sanciones administrativas podría ser la siguiente.

A. Sanciones de policía general.

Integran esta categoría todas aquellas en las que la potestad sancionadora administrativa persigue el control del orden social general y constituyen, así, las de mayor alcance en el orden administrativo (de mayor cercanía a las penas judiciales), por lo que en su régimen deben entenderse aplicables con el mayor rigor las garantías constitucionales. El ejemplo prototípico es el de las sanciones por razón de la seguridad ciudadana, aunque cabe citar otros muchos, en la medida en que este tipo de potestad sancionadora ha experimentado un notable desarrollo y, en su caso, especialización (así, las sanciones en materia de urbanismo, alimentación, sanidad, espectáculos públicos, prensa, medios de comunicación, etc.).



B. Sanciones de policías especiales.

Surge este tipo de sanciones justamente por especialización respecto de las anteriores y con origen en la protección de las llamadas ref propiedades especial|Error! No se encuentra la fuente de la referencia., con la finalidad de dispensar una específica tutela a los ordenamientos administrativos de sectores concretos de la realidad. Su evolución ha corrido paralela al crecimiento y diversificación de la actividad administrativa y, por tanto, a la desagregación de la Administración en departamentos o ref ramas|Error! No se encuentra la fuente de la referencia. e, incluso, servicios o políticas especializadas, lo que de por sí proporciona una idea cabal de las dimensiones del fenómeno.

Dentro de esta categoría pueden diferenciarse dos especies.

a. Sanciones de policía demanial.

La nota distintiva de esta clase de sanciones es su finalidad de protección de la integridad y funcionalidad de los bienes integrantes del correspondiente dominio público (natural, como las aguas, las costas o las playas; o artificial, como las carreteras, los aeropuertos, los puertos, etc.) a los efectos de asegurar el uso o el servicio públicos a los que sirven dichos bienes.

b. Sanciones de policía de políticas públicas formalizadas en ordenamientos administrativos sectoriales.

Se agrupa aquí el conjunto heterogéneo de sanciones cuya característica común es la de servir, en cada caso, de instrumento de control y efectividad de los correspondientes sectores de la acción administrativa: el urbanismo, la sanidad, la seguridad social, el comercio, la libre competencia, el consumo, la alimentación, el tráfico, el medio ambiente, la contribución a las cargas generales, etc. Este tipo de sanciones, ligadas a las correspondientes políticas públicas, es el que ha experimentado en este siglo y, sobre todo, en los últimos decenios, un crecimiento espectacular, tanto en extensión como en intensidad. Buen ejemplo del desarrollo de la potestad sancionadora en este caso lo constituye el Derecho sancionador tributario.

La modulación de que, con respeto en todo caso del núcleo de garantías constitucionales, pueda ser objeto legítimamente (con sentido flexibilizador) el régimen de la potestad sancionadora en esta clase de sanciones no puede ser determinado con carácter general, pues estará en cada caso en función de las características de la concreta relación jurídico-administrativa sustantiva sobre la que aquella potestad deba incidir. El Tribunal Constitucional (STC 76/1990, de 26 de abril) ha declarado constitucional la modulación de que la Ley General Tributaria hace objeto a las sanciones de este orden. Sin embargo, debe considerarse ilegítima, por carente de justificación constitucional, la previsión de la aplicación meramente supletoria de la LRjAPyPac para todos los procedimientos tributarios y, por tanto, también de los sancionadores, así como los sancionadores en el orden social que se contienen en las disposiciones adicionales quinta y séptima de dicho texto legal. Pues tal previsión determina en cualquier caso, en la lógica de la Ley, la inaplicabilidad directa a unas sanciones claramente administrativas de los principios proclamados en el capítulo I del Título IX de la misma norma legal.

c. Sanciones disciplinarias.

Como toda organización, la Administración pública, es decir, cada una de las organizaciones que tengan la consideración de tal, precisa para existir y funcionar correctamente de un poder interno o doméstico específico de articulación (y, por tanto, disciplina) de los medios, en concreto los personales, cuya actuación es precisamente la de la organización. La potestad de disciplina, es decir, de sanción de sus funcionarios o, en términos más generales, sus empleados es, pues, consustancial a la Administración en tanto que organización. No puede olvidarse que la organización es indisociable de la actuación, alcanzándole, por tanto, el estatuto principal a que la Constitución (art. 103. 1 CE) sujeta a toda la Administración pública para el cumplimiento de su fin institucional de servicio de los intereses generales, en particular los principios de jerarquía y eficacia (en este sentido, véase STC 178/1989, de 2 de noviembre). Las sanciones disciplinarias no son, en definitiva, más que sanciones administrativas cualificadas por el tipo de relación jurídica sustantiva (que, a su vez, está en función del tipo de organización y su fin propio) sobre el que operan: la relación de empleo público.

Se explica, así, el distinto alcance y, por tanto, el diferente régimen de la potestad disciplinaria en el seno de la Administración pública, según sea



ésta civil o militar, que encuentra en todo caso cobertura en la circunscripción a la primera de la prohibición constitucional (art. 25.3 CE) de la imposición de sanciones que impliquen, directa o subsidiariamente, privación de libertad. Sin perjuicio de la persistencia de su peculiaridad (mayor rigor y flexibilidad), el régimen de la potestad disciplinaria militar se ha ajustado -tras la Constitución- al marco de garantías mínimas por ella dispuesto, estando determinado, en lo sustancial, por la Ley orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas de 27 de noviembre de 1985. Básicamente consiste en la "administrativización" de la imposición de sanciones (con permisión del procedimiento preferentemente oral para la sanción de las faltas leves) y su sujeción a control por un orden judicial específico (control que da lugar al contencioso-disciplinario previsto en la Ley Procesal Militar de 13 de abril de 1989, que cumple la exigencia del art. 117.5 CE).

Dada la expuesta imbricación entre organización y actuación para el cumplimiento de los fines de la actividad administrativa, no puede extrañar la extensión de la potestad disciplinaria a:

1º. Los ciudadanos que entran en una relación específica, especialmente intensa, con servicios públicos (actividades de la Administración) prestados en régimen de establecimientos públicos (internos en establecimientos penitenciarios; internados en establecimientos sanitarios; matriculados en establecimientos de enseñanza; etc.); en este caso, sobre la justificación de la organización-disciplina precisas para el correcto funcionamiento del establecimiento y, por tanto, del servicio público; y

2º. Las organizaciones de base privada, pero dotadas de carácter público, utilizadas para la ordenación de determinados sectores profesionales (los Colegios Profesionales constitucionalizados en el art. 36 CE) y a las que se asignan con tal fin potestades administrativas, entre ellas justamente la de disciplina (deontológica) de las correspondientes profesiones; en este caso, sobre la base de la relación jurídica interna entre profesional y Colegio generada por la adscripción obligatoria a éste, así como con la cobertura que le presta su alusión expresa en el artículo 26 CE (con motivo de la prohibición de los Tribunales de Honor).

Por las razones expuestas (la cualificación resultante de las características de la relación jurídico-administrativa material que está en la base), la

modulación del régimen de la potestad sancionadora, siempre con respeto del núcleo irreductible de garantías constitucionales, puede alcanzar en este tipo de sanciones una virtualidad flexibilizadora máxima.

Desde este punto de vista, debe tenerse en cuenta que:

- La jurisprudencia constitucional y la contencioso-administrativa tienen admitida la compatibilidad de las sanciones disciplinarias con las penas judiciales y, por tanto, la inaplicación en este campo del principio non bis in idem (STC 234/1991, de 10 de diciembre). Pero, además, legitima una amplia flexibilización del régimen de la potestad administrativa, como resulta de la doctrina recaída sobre la atribuida a los Colegios Profesionales, conforme a la cual (STC 219/1989, de 21 de diciembre; SsTS de 23 de mayo de 1988 y 24 de abril de 1990; R. Ar. 4196 y 3656, respectivamente) las características específicas de las relaciones jurídicas derivadas del ordenamiento corporativo-colegial proporcionan una justificación reforzada a la relatividad en este campo de la reserva de Ley y permiten una generosa remisión por ésta a las normas colegiales (sobre la base de la autonomía del ordenamiento colegial, que cuenta con fundamento constitucional en el art. 36 CE), con la consecuencia de una gran flexibilidad en el grado de precisión exigible en la tipificación de las infracciones (siendo admisible la efectuada por remisión) y las sanciones.

- La LRjAPyPac (art. 127.3 y disposición adicional octava) ha excluido de su ámbito de aplicación "los procedimientos de ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual", remitiendo, pues, su régimen a una normativa específica.

Esta remisión, en sí misma, no parece cuestionable en su legitimidad, pero sí su extensión no matizada (comprensiva, en principio, también de los principios de la potestad sancionadora), en cuanto pudiera dar lugar a un régimen conculcador del núcleo constitucional indisponible de garantías.

3º. Los principios constitucionales y legales del Derecho sancionador administrativo.



C. La cuestión de la identidad de los principios con el Derecho penal.

Por razón de la misma evolución, pragmática y carente de sistema, del desarrollo del Derecho sancionador administrativo, su construcción ha descansado en técnicas poco depuradas, si se las contempla tomando como referencia el Derecho penal, notoriamente más evolucionado desde el punto de vista de las garantías individuales. Este ha sido, en efecto, el criterio de valoración del Derecho sancionador administrativo que se ha impuesto cuando menos desde que, a principios de la década de los setenta y acuciada por la necesidad de superar una situación considerada claramente insatisfactoria, la jurisprudencia contencioso-administrativa (SsTS de 2 y 25 de marzo de 1972; R. Az. 1168 y 1472, respectivamente) comenzó a sostener la aplicación a aquel de los principios organizadores de la potestad punitiva elaborados justamente en el Derecho penal y, para ello, afirmó la existencia de un único *ius puniendi* del Estado del que el penal-judicial y el sancionador-administrativo no serían más que específicas manifestaciones.

La consagración por la Constitución, en sus artículos 24, 25 y 26, de un conjunto de garantías individuales construidas como derechos fundamentales y cuyo radio de acción comprende claramente tanto las penas judiciales como las sanciones administrativas, ha sido entendida, así, como corroboración al máximo nivel normativo de la identidad de naturaleza última y de los principios organizadores de ambos tipos de poderes y medidas represivos (sobre la base de la idea de un supuesto *ius puniendi* único del Estado), con la consecuencia de la pérdida de autonomía institucional del Derecho sancionador administrativo, al que son extensibles, en principio y sin perjuicio de las pertinentes adaptaciones o modulaciones, las técnicas del Derecho penal.

Ello ha sucedido en la jurisprudencia contencioso-administrativa prácticamente en línea de continuación con la que ya había sido iniciada antes de la norma fundamental, aunque acogiendo inmediatamente también la doctrina del Tribunal Constitucional, que es el que ha sancionado la aludida interpretación del texto constitucional (en doctrina que arrancando tempranamente de la Sentencia 18/1981, de 8 de junio, aparece confirmada recientemente en la Sentencia 149/1993, de 3 de mayo). La doctrina mayoritaria se muestra conforme con esta jurisprudencia (por todos, E. García de Enterría).

Recientemente, A. Nieto ha reaccionado decididamente frente a este planteamiento, llamando la atención sobre la debilidad de la afirmación de la existencia de un único *ius puniendi* del Estado (en cuanto idea metapositiva) y razonando y propugnando la autonomía institucional del Derecho sancionador administrativo, sin perjuicio de la referencia técnica válida del Derecho penal. Teniendo en cuenta cuanto ya hemos expuesto sobre el marco constitucional definido en los artículos 24, 25 y 26 CE, esta reacción resulta convincente: la regulación constitucional, lejos de establecer la absoluta identidad entre pena judicial y sanción administrativa y la coextensión de los principios que consagra, descansa en la diferenciación entre dichas medidas y, por tanto, en la aplicación de los principios que establece de forma específica en uno y otro campo (véanse, p. ej., SsTC 21/1981, de 15 de junio; 73/1985, de 14 de junio; y 2/1987, de 21 de enero).

El modelo fijado en la Constitución no es, en efecto, de simple distribución de un supuesto y único *ius puniendi* entre dos poderes estatales (el judicial y el ejecutivo-administrativo), sino de legitimación de la convivencia de poderes con fines institucionales no coincidentes como resulta del art. 25.2 CE- y, concretamente, de la coexistencia con el poder punitivo en sentido estricto (reservado al poder judicial) de una potestad sancionadora de la Administración pública, que, aunque cualificada por su objeto y alcance, no deja por ello de inscribirse con normalidad en el elenco de potestades de que dicha Administración está investida para el cumplimiento de su misión específica (definida en el art. 103.1 CE). Desde el punto de vista del destinatario de cualquiera de los dos referidos poderes, que es el propio de la regulación constitucional considerada, lo esencial son las garantías, que aparecen definidas, como es lógico, por referencia al poder punitivo propiamente dicho, el penal-judicial, extendiéndose su aplicación -modulada y justificada en su aludida cualificación- a la potestad administrativa sancionadora.

En realidad, la jurisprudencia contencioso-administrativa siempre había reconocido y afirmado y continúa reconociendo y afirmando (como resulta de la STS de 20 de diciembre de 1988 -R. Ar. 10169, que cita la doctrina tradicional y los pronunciamientos que la sientan) la independencia de la potestad sancionadora de la Administración respecto del *ius puniendi* judicial penal (SsTS de 27 de diciembre de 1934, 9 de junio de



1941, 30 de octubre de 1945, 15 de febrero de 1946, 6 de noviembre de 1947 y 3 de julio de 1950; R. Ar. 2139, 939, 1155, 155, 1244 y 1111, respectivamente), por entender que aquella potestad tiene un fundamento y una sustantividad propios (SsTS de 9 de febrero de 1953, 31 de diciembre de 1954, 3 y 5 de marzo y 8 de noviembre de 1955; R. Ar. 318, 3196, 877, 1139 y 3196, respectivamente), considerando -en todo caso- que ambos poderes son compatibles entre sí (SsTS de 21 de octubre y 24 de noviembre de 1960; R. Ar. 3347 y 4190).

En los artículos 24.2, 25 y 26 CE, pero principalmente en el segundo de ellos, se fijan en todo caso, pues, los límites de la potestad sancionadora administrativa; límites que, contemplados desde la posición del ciudadano, asumen la condición de derechos subjetivos de éstos a no sufrir las correspondientes consecuencias del ejercicio de tales poderes sino en los casos legalmente previstos, a través del procedimiento regularmente dispuesto, con levantamiento de la carga de la prueba procedente y de la mano de las autoridades legalmente competentes para ello. En este sentido, las SsTC 77/1983, de 3 de octubre, y 197/1987, de 1 de diciembre.

Resultan de esta forma los principios de la potestad sancionadora administrativa, delineados primero por la doctrina del Tribunal Constitucional en su función interpretativa del texto constitucional y hoy formalizados legislativamente en el Título IX LRjAPyPac bajo la doble rúbrica de principios de la potestad y del procedimiento sancionadores.

2. Los principios de la potestad y del procedimiento sancionadores

A. El principio de legalidad

Este principio, tal como lo concreta el artículo 127.1 LRjAPyPac, se traduce en tres exigencias, dos sustantivas y una procedimental:

a. Garantía (sustantiva).

La efectiva atribución a la Administración actuante de la potestad sancionadora de cuyo ejercicio se trate precisamente por norma con rango de Ley formal.

El requisito de la concreta atribución caso a caso es plenamente congruente con el artículo 25 CE (y el art. 103.1 CE), toda vez que en el texto consti-

tucional no se atribuye sin más la potestad, sino que simplemente se legitima, con carácter general, su atribución en el escalón legislativo ordinario, es decir, del desarrollo constitucional.

La exigencia de que esa operación de atribución de la potestad se cumpla por una Ley en sentido formal traduce también correctamente la determinación, referida a la "legislación vigente", del artículo 25.1 CE. Sin embargo, su alcance debe entenderse que es el que resulta del otorgado a dicha expresión del precepto constitucional por la doctrina tanto del Consejo de Estado (dictamen de 1 de julio de 1982), como, sobre todo, del Tribunal Constitucional. Conforme a esta última:

a'. El artículo 25.1 CE contiene y, por tanto, el principio de legalidad comprende una doble garantía. Una es de orden material y de alcance absoluto: la exigencia de la predeterminación normativa precisa y previa de las conductas ilícitas (las infracciones) y sus sanciones (garantías de *lex scripta*, *lex certa* y *lex previa*) [SsTC 42/1987, de 7 de abril; 3/1988, de 21 de enero; 219/1989, de 21 de diciembre; 61/1990, de 29 de marzo; 150/1991, de 4 de julio; y 21/1993, de 18 de enero]. La segunda es de orden formal y carácter relativo: esa predeterminación ha de hacerse por Ley formal (posición que puede ocupar el Decreto-Ley), sin perjuicio de la colaboración con ésta del Reglamento dentro de ciertos límites (SsTC 42/1987, de 7 de abril; 3/1988, de 21 de enero; 61/1990, de 29 de marzo; y 21/1993, de 18 de enero), lo que significa que la reserva de Ley derivada del artículo 25.1 no es absoluta y sí sólo relativa y debe interpretarse de manera flexible en esta materia por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de poderes públicos, exigencias de prudencia u oportunidad, y el carácter en cierto modo insuprimible de la sancionadora administrativa (SsTC 87/1985, de 16 de julio; 2/1987, de 21 de enero; 42/1987, de 7 de abril; y 3/1988, de 21 de enero).

b'. La Ley en sentido formal que en todo caso es precisa constitucionalmente debe otorgar la necesaria cobertura a la potestad sancionadora de la Administración. Se entiende por cobertura necesaria (y suficiente) una regulación material por Ley que defina por sí misma:

b'.a. Los elementos esenciales de la conducta antijurídica, de suerte que sólo sean infracciones las acciones y las omisiones subsumibles en una norma con rango de Ley formal. Y;



b'.b. La naturaleza y los límites de las sanciones a imponer.

En este sentido, STC 3/1988, de 21 de enero.

En consecuencia, en el régimen de colaboración entre la Ley y el Reglamento lo que queda proscrito es la remisión a éste que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley formal (SsTC 83/1984, de 24 de julio, y 61/1990, de 29 de marzo). La determinación del límite en el que cesa la colaboración reglamentaria legítima, para dar paso a una deslegalización inconstitucional, sólo puede verificarse, sin embargo, en función de las características específicas del ordenamiento administrativo sectorial de que se trate y, por tanto, de las relaciones jurídico-administrativas a que da lugar, como resulta sin más de la jurisprudencia constitucional examinada al tratar de la clasificación de las sanciones. A la luz de dicha jurisprudencia (concretamente la referida a los Colegios Profesionales) puede decirse que la amplitud del espacio de colaboración reglamentaria (y, por tanto, de remisión a este escalón normativo) alcanza su mayor amplitud cuando la potestad sancionadora se inscribe en un ordenamiento autónomo con justificación expresa constitucional, el modelo de los cuales es justamente el del ordenamiento local (en el que se expresa la autonomía territorial garantizada a la Administración local: arts. 137, 140 y 141 CE). De ahí que no pueda coincidirse, en su rotundidad, con la opinión doctrinal (E. García de Enterría) de ilegalidad e inconstitucionalidad de la flexibilización que del principio de legalidad en favor de las Ordenanzas Locales operan los artículos 1.2 y 2.2 del Reglamento de la LRjAPyPac en materia del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

El menor rigor que presenta así el principio de legalidad en el ámbito del Derecho administrativo respecto al Derecho penal (en el que la reserva de Ley no sólo es estricta, sino precisamente de Ley orgánica en la medida en que se trate del establecimiento de las penas que distinguen el poder punitivo judicial: las de privación de libertad) constituye la más visible manifestación de la independencia institucional de ambos sistemas y responde a las exigencias propias de la actividad administrativa. Téngase en cuenta, en efecto, que, desde la lógica de ésta, la sanción no es sino un instrumento más entre los disponibles para articular la panoplia de medios de ejecución de las correspondientes políticas públicas formalizadas

en las correspondientes ordenaciones normativas de los sectores de la realidad social, por lo que su sujeción no justificada a una economía y lógica esencialmente distintas de las de las potestades administrativas en general supondría una disfunción contraria al artículo 103.1 CE.

De ahí que no pueda coincidirse en la crítica doctrinal (por todos, R. Parada) a esa mayor flexibilidad del régimen de la potestad sancionadora respecto del poder punitivo judicial; critica que, no obstante, reconoce su carácter tradicional en el Derecho español y el recurso también por la Ley penal a la misma (remisión del Cp a disposiciones, normas e, incluso, medidas administrativas para la integración del supuesto típico en determinados delitos y faltas; así, paradigmáticamente, en el caso de los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente contenidos en el título XVI). Las exigencias del Estado de Derecho no pueden ser manejadas de forma tal que su realización efectiva se haga sencillamente impracticable o el Derecho deje de ser un instrumento idóneo para resolver los problemas sociales. Y el límite de lo posible se sobrepasa cuando se aspira a la total tipificación por Ley formal (reserva absoluta, sin modulación, en favor de ésta) en todo el Derecho sancionador administrativo. Las características de tecnificación, complejidad y dinamicidad de la sociedad actual y sus requerimientos a la actividad estatal-administrativa privan de todo soporte, con toda evidencia y como lo demuestra la realidad de la normación administrativa sustantiva de los diferentes sectores de la realidad social, a semejante planteamiento ideal.

La lucha por el Estado de Derecho no se debe situar tanto en este plano radical, cuanto en el más modesto, pero efectivo, de exigencia discriminada de pleno agotamiento -en función de las circunstancias de cada caso- de las posibilidades reales de regulación directa por el legislador formal, es decir, de vigilancia estricta de la no desnaturalización de la intervención decisoria de éste que postula la reserva relativa de Ley, de su no degradación a una pura cobertura formal. En definitiva, el objetivo no debe ser otro que el de garantizar el respeto de la prohibición que, según el Tribunal Constitucional, se contiene en el artículo 25.1 CE: la de aquellas remisiones por la Ley al Reglamento que hagan posibles una regulación independiente y no claramente subordinada por parte de éste.



Desde los títulos competenciales constitucionales relativos al régimen jurídico básico de las Administraciones públicas y al procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE) y como acredita la LRjAPyPac (por más que los términos de la regulación de ésta sean discutibles), es posible desde luego, de otro lado, una determinada ordenación estatal general del Derecho sancionador administrativo, tanto más si se combinan con la habilitación estatal para definir las condiciones básicas garantizadoras de la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales. Pero sobre tal base no parece factible concluir, como hace la línea doctrinal crítica citada, una competencia legislativa estatal capaz de definir un régimen único de ejercicio de la potestad sancionadora en todos los casos, que conduciría a una ruptura de la economía general de la distribución territorial del poder propia del Estado autonómico. Aparte la dudosa autonomía del apartado 1º del artículo 149.1 CE como título competencial según la propia doctrina del Tribunal Constitucional (SsTC 37/1981, de 16 de noviembre; 146/1986, de 25 de noviembre; 37/1987, de 26 de marzo; y 152/1988, de 20 de junio), lo decisivo aquí es que este último tiene establecido el carácter accesorio de lo sancionatorio respecto de la materia sustantiva a los efectos justamente de la competencia para incluir el mecanismo sancionatorio en la política pública referida a la misma. Pues de ello deriva necesariamente que la competencia legislativa propia (sobre todo plena) de las Comunidades Autónomas (en las materias correspondientes) incluye de suyo el establecimiento del correspondiente régimen sancionador administrativo (sin perjuicio de que éste deba adecuarse al Derecho estatal básico y procedimental común).

2ª. Garantía (sustantiva).

La segunda de las exigencias antes aludidas consiste en que el ejercicio de la potestad sancionadora así atribuida debe producirse precisamente por el órgano administrativo que tenga asignada la pertinente competencia (por disposición legal o reglamentaria) y conforme a los principios establecidos en el título IX de la LRjAPyPac.

La prescripción del ejercicio de la potestad por el órgano competente en cada caso, en tanto que, en principio, especificación de un principio general de la organización y actuación administrativas, tal como resulta de los artículos 11.2, b) y 12.1, en relación con los artículos 62.1, b) y 63.1

LRjAPyPac, puede parecer innecesaria, salvo por la prohibición de la delegación, que efectivamente excepciona la regulación general de la titularidad y el ejercicio de las competencias administrativas. Esta excepción afecta, sin embargo, únicamente a dicha técnica de alteración de las competencias, pero no así a las de desconcentración y avocación, ni a las de menor alcance (afectan sólo al ejercicio de la competencia) consistentes en la delegación de firma, la suplencia y la encomienda de gestión (véase art. 12.1 y 2 LRjAPyPac). Debe interpretarse no tanto como una "traducción" al campo administrativo del principio del juez predeterminado por la Ley, cuanto como una manifestación de la especificidad del régimen de la potestad sancionadora (por su cualificación: su objeto y alcance). El artículo 10 RPrPS contiene precisamente reglas sobre desconcentración de la competencia para resolver los procedimientos disciplinarios en el ámbito tanto de la Administración General del Estado como de la Administración Local.

Por contra, el requerimiento del ejercicio conforme a los principios sustantivos y procedimentales determinados en la propia LRjAPyPac no supone otra cosa que precisión de la eficacia de las garantías constitucionales en los términos concretados por dicho texto legal.

El artículo 4.1 RPrPS, en fin, efectúa una formulación del principio más acabada que la del texto legal, al limitar la potestad de sanción a las infracciones consumadas y respecto de conductas y hechos constitutivos de infracciones administrativas delimitadas por Ley anterior a su comisión y, en su caso, graduadas por las disposiciones reglamentarias de desarrollo.

3ª. Garantía (procedimental).

La aplicación de la potestad, es decir, la sanción debe producirse por el procedimiento previsto para su ejercicio (en este sentido STC 18/1981, de 18 de junio).

La actividad administrativa de sanción es siempre, pues, una actividad estrictamente formalizada, de suerte que no hay posibilidad alguna de imposición válida de sanción sin tramitación previa del necesario procedimiento, como precisa luego el artículo 134. 3 LRjAPyPac (bajo la rúbrica de "garantía de procedimiento"). El procedimiento conforme al que debe desarrollarse es el que, para el caso concreto, se encuentre normativamente preestablecido (legal y reglamentariamente; art. 134.1



LRjAPyPac), debiendo éste adecuarse en todo caso a la regulación procedimental común de la LRjAPyPac (salvo en el caso de la potestad disciplinaria: art. 127.3 y disposición adicional octava de dicha norma legal; ya antes hemos razonado que la exclusión de la aplicación directa de ésta a los procedimientos tributarios y de la seguridad social debe considerarse inconstitucionales).

B. Principio de irretroactividad.

Desde la prohibición constitucional (en el art. 9.3 CE, que enumera los principios propios del Estado de Derecho) de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos, el artículo 128 LRjAPyPac (en el mismo sentido, art. 4.1, párr. 2º RPrPS) determina que la atribución de la potestad sancionadora sólo es válida para la aplicación de disposiciones materiales sancionadoras (tipificadoras de infracciones y sanciones) que hayan entrado en vigor con anterioridad y estén vigentes en el momento de producirse los hechos a calificar como infracción administrativa.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que este principio -"inmerso en el precedente de legalidad", según el Tribunal Constitucional- excluye desde luego todos los efectos retroactivos desfavorables (propia o materialmente sancionatorios) de las normas administrativas sancionadoras y, por tanto, del ejercicio de la potestad sancionadora que éstas atribuyan, pero sólo dichos efectos y, en modo alguno, los favorables que de tales normas o ejercicio puedan derivarse para los afectados. Así lo precisa el número 2 del artículo 128 citado (y el art. 4. 1, párr. 2º RPrPS), interpretando correctamente la prohibición constitucional y en términos conformes con la doctrina constitucional (STC 21/1993, de 18 de enero, que cita todos los pronunciamientos coincidentes recaídos desde 1981) .

C. Principio de tipicidad.

Este principio constituye una importante especificación, para con respecto a las figuras centrales de la "infracción" y la "sanción", del principio de legalidad. En efecto y como ya hemos comprobado, éste postula, con carácter de exigencia absoluta, la predeterminación normativa de las conductas ilícitas. La tipicidad concreta tal prescripción en el requerimiento de definición, suficiente para su identificación, del ilícito y de su consecuencia sancionatoria.

La decantación de la exigencia de tipicidad proviene fundamentalmente del principio, propio del Estado de Derecho y recogido en el artículo 9.3 CE, de la seguridad jurídica, que en este terreno demanda, como ha precisado el Tribunal Constitucional, determinada certeza, con la consecuencia de que la definición normativa de los ilícitos administrativos debe reunir, para ser válida, unas características de precisión que satisfagan esa demanda de certeza (SsTC 219/1989, de 21 de diciembre, y 21/1993, de 18 de enero).

La determinación del umbral en que se abandona la certeza para incurrir en una indefinición insatisfactoria causante de inseguridad jurídica no es posible, sin embargo, con carácter general, por las mismas razones expuestas al tratar de los límites de la colaboración entre la Ley y el Reglamento en el Derecho sancionador. En este plano únicamente es factible la afirmación de la prohibición en todo caso de las cláusulas generales, genéricas e indeterminadas, que otorgan excesivo arbitrio a la autoridad administrativa, es decir, no reducen la intervención de ésta a un prudente y razonable arbitrio (SsTC 61/1990, de 29 de marzo, y 182/1990, de 15 de noviembre). A ella se suma hoy la regla establecida por la LRjAPyPac sobre el régimen de la colaboración reglamentaria en este campo, a la que inmediatamente se aludirá y que, a pesar de su necesario carácter abstracto, constituye sin duda un claro progreso. De resto, la determinación de la aludida frontera ha de efectuarse en cada concreto ordenamiento administrativo sancionador y en función de las características de las relaciones jurídico-administrativas en las que éste se proyecta. De ahí que exista un reconocimiento general de que el umbral de la incerteza es más laxo en el ámbito propio del Derecho disciplinario. Vale aquí cuanto a este respecto se dejó dicho al abordar la clasificación de las sanciones.

En todo caso, el principio de que ahora se trata integra, conforme al artículo 129 LRjAPyPac (véase también art. 4.1 RPrPS), los siguientes elementos:

1º. Operación de tipificación.

La tipificación de los ilícitos administrativos debe hacerse por Ley formal o con el rango propio de ésta (sin perjuicio de la legítima colaboración reglamentaria) precisamente calificando formalmente los supuestos correspondientes como "infracciones" y clasificando éstas en leves, graves y



muy graves. Por contra, para la de las sanciones aplicables a las infracciones, además de producirse igualmente (sin perjuicio también de la legítima colaboración reglamentaria) por Ley, basta con que ésta las "delimite"; expresión esta que otorga un mayor margen de libertad al legislador (puesto que puede remitir al Reglamento la "determinación" de las sanciones dentro de los márgenes acotados legalmente). La tipificación ha de cumplirse, en conjunto, de forma que exista una directa vinculación entre infracciones y sanciones, pues sólo por la comisión de las primeras cabe imponer las segundas.

Las expresadas características de la operación de tipificación y, en especial, el formalismo de la de los ilícitos administrativos y la vinculación entre éstos y las sanciones, otorgan un claro perfil institucional al Derecho sancionador y a sus técnicas básicas dentro del Derecho administrativo, que permite la nítida diferenciación entre infracciones y sanciones, de un lado, e incumplimientos-contravenciones y consecuencias desfavorables (no sancionatorias) de ellas derivadas, de otro.

2º. Colaboración reglamentaria en la tipificación.

La Ley puede llamar al Reglamento para colaborar con ella en la última operación de la operación de tipificación. Pero esa colaboración queda sujeta a las siguientes reglas: la Ley debe establecer directamente el cuadro de infracciones y sanciones y el papel del Reglamento debe consistir en contribuir -mediante especificaciones o graduaciones- a la más precisa identificación de las infracciones o delimitación de las sanciones. De ellas se siguen las dos siguientes limitaciones para el Reglamento, que no puede:

2.1. ni prever nuevas infracciones o sanciones;

2.2. ni alterar la naturaleza o los límites de las previstas por la Ley.

3º. Aplicación de las infracciones y sanciones.

Siendo especialmente relevante en el Derecho sancionador el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), toda vez que en él se definen los campos de lo ilícito y, por tanto, de lo lícito en los sectores de la vida social administrativizados, en la aplicación de sus normas (todas, es decir, tanto las referidas a infracciones, como las previsoras de sanciones) queda ra-

dicalmente excluida la analogía.

El RPrPS ha venido a establecer una serie de reglas que despejan problemas importantes y, concretamente, las siguientes:

3.1. Infracciones:

3.1.1. Improcedencia de nuevo o nuevos ejercicios de la potestad sancionadora respecto de unos hechos o conductas constitutivos de infracción y en cuya comisión persista el infractor de forma continuada hasta el dictado de resolución definitiva en vía administrativa de la primera resolución sancionadora (art. 4.6, párr. 1º).

3.1.2. Procedencia de la calificación como infracción continuada de la realización de una pluralidad de acciones u omisiones infractoras de un mismo o varios preceptos administrativos semejantes en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión (art. 4.6, párr. 2º).

3.2. Sanciones:

3.2.1. Imposición de una única sanción (concretamente la correspondiente a la infracción más grave) en el supuesto de que de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras (art. 4.4).

3.2.2. Compensación, en lo posible, de las medidas provisionales o las disposiciones cautelares adoptadas con la sanción impuesta (art. 4.2).

3.2.3. Consideración de la sanción impuesta por órganos comunitario-europeos en la graduación de la que, en su caso, proceda imponer conforme al Derecho interno, así como autorización para su compensación con esta última, sin perjuicio de la declaración de la comisión de la infracción (art. 5.2, párr. 2º).

3.2.4. Legitimación para la aplicación, en los casos y en la forma dispuesta por las Leyes sectoriales, de la remisión condicional por la que se deje en suspenso la ejecución de la sanción (art. 4.5, párr. 2º).



D. Principio de responsabilidad (culpabilidad).

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, establecida en directa interpretación de la Constitución, el principio de responsabilidad personal o subjetiva (o también de culpabilidad o personalidad de la sanción), que es estructural o básico en el Derecho penal, rige asimismo en el Derecho sancionador administrativo (SsTC 219/1988, de 22 de noviembre; y 76/1990, de 26 de abril), si bien en este último no impide la responsabilidad directa de las personas jurídicas, es decir, la capacidad infractora de éstas (inexistente en el Derecho penal), aunque con aplicación en tal caso del elemento de culpa necesariamente de forma específica y distinta al de las personas físicas (STC 246/1991, de 19 de diciembre). Constitucionalmente queda excluida, así, toda responsabilidad estrictamente objetiva. Deben entenderse, pues, inconstitucionales las normas administrativas que continúan contemplando una responsabilidad de este tipo.

La jurisprudencia contencioso-administrativa, inicialmente sin seguridad y con desviaciones, se había adelantado a dicha doctrina (SsTS de 26 de diciembre de 1984, 8 de febrero de 1985 y 11 de julio de 1986; R. Ar. 6726, 2596 y 5059), perfilando luego su posición con asunción plena del principio (primero en las SsTS de 8 de abril, 17 de octubre, 22 de septiembre y 15 y 29 de noviembre de 1989; R. Ar. 4917, 3700, 6602, 3701 y 3702, respectivamente; y, ya definitivamente, en las Sentencias de la Sala Especial de Revisión de 16 de febrero y 6 de noviembre de 1990; R. Ar. 7313 y 9158, respectivamente; así como en las inmediatamente posteriores de 8 y 14 de noviembre de 1990; R. Ar. 8816 y 9128, respectivamente; con posterioridad ha venido manteniéndola sin desfallecimiento alguno: SsTS de 16, 20 y 22 de abril de 1991 -R. Ar. 3056, 3074 y 3077, respectivamente- y 7 y 12 de mayo de 1992 -R. Ar. 3491 y 3497, respectivamente-).

El principio así inferido del orden constitucional a través de la configuración penal de las garantías por éste establecidas ha sido correctamente positivizado por el artículo 130.1 LRjAPyFAC. Este precepto determina, en efecto:

- La capacidad infractora, es decir, para cometer infracciones administrativas e incurrir, así, en responsabilidad sancionadora, tanto de las personas físicas, como de las jurídicas.

- Pero, simultáneamente, la exigencia ineludible (para la validez de la sanción) de la comprobación de la responsabilidad del infractor (persona física o jurídica) "... aun a título de simple inobservancia". Esta exigencia no es sino la de culpabilidad, si bien con la particularidad de entenderse posible ésta no sólo por dolo y culpa, sino también por omisión de la diligencia exigible en el cumplimiento de la normativa administrativa. Esta última extensión de la responsabilidad (tradicional en el Derecho sancionador administrativo) debe entenderse legítima, siempre que se contemple en relación con sujetos sobre los que pese, por su función, un específico deber de conocimiento y aplicación (directa o a través de terceros) de la normativa infringida. Pero la sanción requiere siempre una imputación personal de responsabilidad, como se infiere desde luego a contrario del principio de presunción de inocencia (consagrado en el art. 137 de la propia LRjAPyPac).

El número 3 del propio artículo 130 LRjAPyPac declara compatible con este principio la previsión de una responsabilidad solidaria, siempre que la obligación dispuesta legalmente y en cuyo incumplimiento consista la infracción esté impuesta a varias personas conjuntamente. En la medida en que dicho tipo de responsabilidad se acerca a la objetiva, debe interpretarse que la aquí admitida presupone la culpabilidad (en los términos expuestos). Por eso mismo, forzoso resulta interpretar (cual postula el inciso final del precepto legal) que la responsabilidad solidaria no es exigible directamente desde la LRjAPyPac y sí sólo desde su regulación en el ordenamiento habilitante de la potestad sancionadora concreta a ejercitar, a la luz justamente de las características en dicho ordenamiento tanto de la obligación legal de cuyo incumplimiento se trate, como de las de la culpabilidad.

Además de la solidaria, cabe la responsabilidad subsidiaria, cuando la infracción consista precisamente en el incumplimiento de una obligación, legalmente impuesta, que comporte el deber de prevenir la comisión de infracciones administrativas por terceros; previsión esta claramente relacionada (aunque no se agote en ella) con la seguridad ciudadana y los deberes de este tipo impuestos a las entidades y organizaciones financieras.

El principio de responsabilidad rige tanto para las infracciones como para las sanciones. De ahí que el número 2 del artículo 130 LRjAPyPac aclare



que la exigencia de la sanción no enerva, ni excluye la de la reposición a su estado originario de la situación alterada por la infracción (aclaración importante, sobre todo en los ámbitos de la ordenación territorial, urbanística y medioambiental), así como, en su caso, de la indemnización de los daños y perjuicios causados con ocasión de la comisión de la misma. Así pues, la reposición de las cosas a su estado originario y, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios forman parte también del procedimiento y de la resolución sancionatorias. Respecto de la indemnización se dispone que "... de no hacerse así ..." queda "... expedita la vía judicial correspondiente". Este inciso -dado su tenor literal- plantea alguna duda interpretativa, pues resulta poco comprensible desde la incorporación al procedimiento y resolución sancionatorias de la fijación de la indemnización por daños y perjuicios (incluso a terceros). Adquiere sentido, no obstante, si se tiene en cuenta que dicha incorporación no es preceptiva y sí sólo potestativa, de suerte que la Administración actuante puede no pronunciarse sobre este extremo. La previsión examinada atiende tal hipótesis, de suerte que el no pronunciamiento administrativo sobre la obligación de indemnización deja expedita para los terceros perjudicados la vía judicial procedente, que obviamente no será ya la contencioso-administrativa.

E. Principio de proporcionalidad.

El de proporcionalidad es un principio inherente al Estado de Derecho, derivable de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos establecida en el artículo 9.3 CE.

Su ámbito central de aplicación es justamente el de la actividad administrativa de intervención de la de los ciudadanos, singularmente la de policía del orden general (seguridad ciudadana). Demanda la adecuación de los medios empleados a los fines perseguidos.

Justamente por razón de su contenido resulta trascendente en el Derecho sancionador administrativo, toda vez que lo normal es que éste regule las sanciones de forma flexible, es decir, otorgando un cierto margen de apreciación a la Administración para la graduación de la sanción a la entidad de la infracción y de sus efectos. En dicho Derecho debe significar adecuación entre la gravedad de la infracción y sus efectos y de las consecuencias sancionatorias (en este sentido STC 154/1990, de 15 de octu-

bre). Por ello mismo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos lo ha declarado principio del Derecho sancionador y nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa lo declara y aplica, con claridad y decisión, ejerciendo un control real sobre la actividad administrativa de los hechos determinantes y, sobre todo, de fijación de la sanción. La base para el control la proporciona la negación de discrecionalidad a la potestad administrativa sancionadora. En este sentido: SsTS de 3 de febrero, 24 de octubre y 21 y 29 de diciembre de 1984, 19 de abril de 1985 y 29 de diciembre de 1987 (R. Ar. 1027, 6603, 6164, 6168, 1713 y 9855); extendiendo el principio a la potestad disciplinaria STS de 13 de mayo de 1986 (R. Ar. 4582).

El artículo 131.2 y 3 LRjAPyPac lo consagra hoy en forma de una serie de reglas, generales unas para todo tipo de sanciones, y específicas de las pecuniarias (multas) otras; concretamente las siguientes:

1. Generales o para todo tipo de sanciones, que rigen tanto para el legislador (a la hora de establecer el correspondiente régimen sancionador), como para la Administración (a la hora de aplicar dicho régimen en ejercicio de la potestad sancionadora):

1.1. Preceptividad de la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción, de un lado, y la sanción, de otro.

1.2. Consideración prioritaria para la graduación de la sanción fijada para una infracción de los siguientes criterios: existencia de intencionalidad o reiteración (comisión anterior de otras infracciones, aunque sean de distinta naturaleza); naturaleza de los perjuicios causados; y reincidencia por comisión (declarada por resolución firme) en el término de un año de una infracción de la misma naturaleza.

2. Específica para las sanciones pecuniarias, es decir, las multas (dirigida directamente al legislador a la hora de establecer el correspondiente régimen sancionador, pero que obviamente no puede desconocer tampoco la Administración que aplique éste): la comisión de las infracciones no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas.



F. Principio de prescripción.

Superando la situación existente hasta ella, la LRjAPyPac establece, en su artículo 132, un régimen general de prescripción de las infracciones y las sanciones administrativas. No obstante, este régimen no es de directa y general aplicación, pues el establecimiento primario de los plazos de prescripción queda remitido a las Leyes ordenadoras en cada caso del ejercicio de la potestad sancionadora. Aunque es claro que la Ley podía haber ido más allá y habría sido deseable que lo hiciera (por ej., estableciendo plazos máximos en todo caso), el reconocimiento al legislador de la potestad sancionadora sectorial de un cierto margen de maniobra en este terreno es conforme a la naturaleza y fines del Derecho sancionador administrativo.

En ausencia, pues, de prescripciones legales específicas rigen las siguientes reglas:

1. Infracciones:

1.1. Prescriben según su clasificación: las muy graves, a los 3 años; las graves, a los 2 años; y las leves, a los 6 meses.

1.2. El plazo comienza a computarse desde el día de la comisión de la infracción.

1.3. El cómputo del plazo se interrumpe por la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose si el expediente se paraliza durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.

2. Sanciones:

2.1. Prescriben en función de la clasificación de las infracciones que retribuyen: a los 3 años las impuestas por infracciones muy graves; a los 2 años, las impuestas por infracciones graves; y al año las impuestas por faltas leves.

2.2. El plazo comienza a computarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución que imponga la sanción.

2.3. El cómputo del plazo se interrumpe por la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, reanudándose si dicho procedimiento se paraliza por más de un mes por causa no imputable al infractor.

El artículo 6 RPrPS dispone la declaración de oficio de la prescripción y el archivo de las actuaciones, una vez que, en cualquier momento de las actuaciones administrativas, se aprecie el juego de aquella institución.

g) Principio de concurrencia imperfecta de sanciones o incompatibilidad de la doble punición penal y administrativa o sólo administrativa (*non bis in idem*).

La tradicional autonomía de la potestad sancionadora de la Administración respecto del poder punitivo del juez condujo a la admisión de la posibilidad de la concurrencia perfecta entre sanción administrativa y pena respecto de unos mismos hechos y responsables e incluso de la diferente consideración de éstos en una y otra vía. En la medida en que la Constitución legitima, como ya ha quedado establecido, la continuidad de aquella potestad administrativa diferenciada de la penal y no consagra expresamente regla alguna de incompatibilidad entre las mismas en su aplicación al caso concreto, cabía en principio la posibilidad de entender que el texto fundamental había consagrado tal compatibilidad. El Tribunal Constitucional despejó tempranamente toda duda al respecto:

1º. El principio *non bis in idem* (interdicción de la doble sanción por unos mismos hechos), aunque no esté expresamente recogido en el artículo 25.1 CE, es un principio general del Derecho que está vigente en el ordenamiento español, toda vez que debe entenderse implícito en dicho precepto constitucional por su conexión con los principios -si proclamados expresamente en él- de legalidad y de tipicidad (SsTC 2/1981, de 30 de enero; 159/1985, de 27 de noviembre; y 154/1990, de 15 de octubre).

2º. El contenido del principio incluye dos aspectos: de un lado, la no duplicidad de sanciones administrativas y penales siempre que se cumpla la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento y, de otro, la imposibilidad de que, cuando exista la previsión legal de dos procedimientos punitivos en relación con los mismos hechos, estos últimos existan para unos



órganos del Estado y no así para otros. Ello significa la admisión de la coexistencia de una doble perspectiva punitiva sobre idénticos hechos, pero en régimen de concurrencia imperfecta y con primacía en todo caso de la penal (supuesta la concurrencia de las condiciones para la aplicación del principio): sólo cuando la calificación penal de aquéllos no conduzca a la imposición de pena podría producirse -respetando el planteamiento fáctico penal- una sanción administrativa de los mismos (STC 77/1983, de 3 de octubre).

El artículo 133 LRjAPyPac formaliza legalmente este principio en los términos resultantes de la expuesta doctrina constitucional, prohibiendo toda nueva sanción administrativa de hechos previamente sancionados penal o administrativamente, cuando concorra identidad de sujeto, hecho y fundamento (requisito este cuya formulación, por su vaguedad, ha sido objeto de crítica en la doctrina, concretamente por A. Nieto). Completa esta disposición el artículo 137.2 del mismo texto legal, a tenor del cual los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones públicas respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien. Desarrolla correctamente esta prescripción legal y en sentido progresivo (incluyendo el orden sancionador comunitario-europeo), el artículo 5 REPS.

En todo caso, presupone la existencia de zonas secantes entre el Derecho penal y el administrativo sancionador, es decir, la coexistencia de una doble tipificación penal/administrativa o, incluso, simplemente administrativa de unos mismos hechos, puesto que su función consiste precisamente en resolver la concurrencia del ejercicio de poderes punitivos o sancionadores.

H. Principio de presunción de inocencia.

Tempranamente y sobre la base de la afirmación de que la interdicción de indefensión expresada en el artículo 24 CE contiene, mediante enunciación negativa, la definición del derecho de defensa, de suerte que engloba, entendida en sentido amplio, todas las demás violaciones posibles de derechos constitucionales que puedan colocarse en el marco del dicho precepto constitucional (STC 48/1984, de 4 de abril) o, dicho en otros términos, protege frente a la disminución indebida de las posibilidades de defensa y, por tanto, de garantías establecidas al respecto (STC 9/1982,

de 10 de marzo), el Tribunal Constitucional dejó establecido que las garantías aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores son los derechos de defensa, la actividad probatoria y, en lo que aquí interesa, la presunción de inocencia (SsTC 2/1987, de 21 de enero, primero, y luego 297/1993, de 18 de octubre).

Por su parte, la jurisprudencia contencioso-administrativa tiene sentada doctrina conforme a la que rige en la materia el principio de presunción de inocencia, que no puede ser destruido mediante sospechas (STS de 28 de febrero de 1989, R. Ar. 1462); la presunción de inocencia implica que incumbe la carga de la prueba a quien acusa (STS de 28 de junio de 1989, R. Ar. 4917) y, aún más, excluye la presunción inversa de culpabilidad y atribuye la carga plena de la prueba a quien acusa y puede sancionar (STS de 25 de junio de 1992, R. Ar. 9318), cubriendo los hechos y la culpabilidad (STS de 24 de enero de 1994, R. Ar. 413); la Administración titular de la potestad sancionadora tiene el deber legal de probar y demostrar rigurosamente la culpabilidad (SsTS de 7 y 28 de febrero de 1989, R. Ar. 1086 y 1462, respectivamente); la insuficiencia, a efectos del levantamiento de la carga de la prueba, de los actos de inspección, por carecer por sí solos de las características de veracidad y convicción (STS de 28 de octubre de 1989, R. Ar. 7578) o también por carecer de certeza y tener efecto puramente indiciario (STS de 13 de octubre de 1992, R. Ar. 8201); en tanto que la carga de la prueba incumbe a la Administración, al imputado en modo alguno le corresponde prueba alguna de la no comisión de la infracción (STS de 28 de julio de 1990, R. Ar. 6742); a la Administración le compete la aportación de una prueba razonable tanto del hecho como de que éste es atribuible al imputado a título de dolo o culpa (STS de 11 de abril de 1991, R. Ar. 3043).

El artículo 137.1 de la LRjAPyPac consagra el principio, disponiendo que "los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario"; demostración que debe entenderse incumbe a la Administración. De conformidad con ello y en punto a la prueba de los hechos (único mecanismo para la destrucción de la presunción de inocencia), los números 2 y 3 del mismo precepto legal citado establecen las siguientes reglas:



1ª. La práctica de oficio o a instancia del presunto responsable de cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de los hechos y de las responsabilidades (culpabilidades), pudiéndose declarar improcedente únicamente la práctica de aquellas que, por su relación con los hechos, no puedan alterar la resolución final a favor de dicho presunto responsable.

2ª. El valor probatorio de las constataciones de hechos por funcionarios a los que esté atribuida la condición de autoridad, formalizadas en documento público y observando los requisitos legales pertinentes. Es ésta una regla dirigida a resolver las dudas, generadas por la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa, sobre el alcance probatorio de las actas, los atestados y las denuncias de los funcionarios o empleados de la Administración. Debe considerarse correcta en tanto que se limita a afirmar el valor probatorio de dichos actos, sin establecer en modo alguno su carácter de prueba plena. Antes al contrario, la propia regla legal precisa que dicho valor se entiende sin perjuicio de la posibilidad de su destrucción por las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los administrados.

I. Principio de aplicación de las garantías procedimentales de defensa.

La doctrina del Tribunal Constitucional, a partir del contenido del artículo 24 CE, incluye entre las garantías aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores, además de la presunción de inocencia, los derechos a la defensa y a la actividad probatoria (STC 297/1993, de 18 de octubre, con cita de la STC 2/1987, de 21 de enero), presuponiendo el primero el derecho a conocer los cargos antes de la imposición de la sanción y de ser informado de la acusación, de suerte que -realizándose esta última información en el procedimiento administrativo sancionador mediante la notificación del pliego de cargos- resulta imprescindible que en dicho pliego se reflejen de forma suficientemente precisa tanto los hechos como su respectiva calificación legal (ya que, en otro caso y por ilustración imprecisa, se incurriría en una situación de indefensión).

Por su parte, la jurisprudencia contencioso-administrativa, operando desde los principios acusatorio y de seguridad jurídica, destaca la esencialidad del trámite de formulación de cargos (puesto que, al determinar la impu-

tación, facilita el ejercicio del derecho de defensa), califica la información sobre y el conocimiento de la acusación de condición de la integridad de este último derecho y exige la suficiente determinación de los cargos (SsTS de 16 de junio de 1984; 8 de abril, 7 de julio y 19 de noviembre de 1990 y 7 de julio de 1993; R. Ar. 3614, 2920, 6325, 8764 y 4483, respectivamente).

Recogiendo la precedente doctrina constitucional y contencioso-administrativa, el artículo 135 LRjAPyPac impone a los procedimientos sancionadores la garantía al presunto responsable, además de los derechos legalmente reconocidos a los ciudadanos en sus relaciones con la Administración (art. 35 del mismo texto legal), de los específicos siguientes:

1º. A ser notificado de los hechos que se le imputen, 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 tal competencia.

2º. A formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes.

J. Principios procedimentales específicos.

La LRjAPyPac singulariza como principios específicos del procedimiento sancionador dentro de la regulación procedimental común, los siguientes:

1º. De debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, con encomienda de cada una a órganos distintos (art. 134.2).

2º. De legitimación de la adopción, mediante acto motivado, de medidas de carácter provisional para el aseguramiento de la eficacia de la resolución final que pudiera recaer (art. 136). La posibilidad efectiva de dicha adopción depende de la previsión de tales medidas en las normas reguladoras de los distintos procedimientos administrativos sancionadores, salvo en el momento del dictado de la resolución definitiva (en el que es siempre no sólo factible, sino preceptiva la adopción de las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva: art. 138.3, párr. 2º).



3º. De resolución de todas las cuestiones planteadas en el expediente sancionador (art. 138. 1) y de interdicción de la declaración como probados de hechos distintos de los determinados (debe entenderse que con contradicción) en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica en la resolución final (art. 138.2).

4º. De motivación de la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador (art. 138. 1) y ejecutividad de la misma cuando ponga fin a la vía administrativa (art. 138.3).

El artículo 3 RPrPS ha añadido a los anteriores el principio de transparencia, que incluye: los derechos, ejercitables en cualquier momento del procedimiento, de conocimiento del estado de tramitación y de acceso a y obtención de copias de los documentos en él contenidos (este último en los términos del art. 37 LRjAPyPac); los derechos, ejercitables durante el procedimiento hasta el trámite de audiencia, de formulación de alegaciones y aportación de documentos; y las reglas de formalización sistemática -secuencial y ordenada- de las actuaciones y diligencias y de su custodia por el órgano competente (instructor primero y resolutorio después) hasta el archivo definitivo.

C. Otros principios del Derecho sancionador administrativo

a) El principio de subordinación de la Administración sancionadora al juez penal.

Del artículo 25 CE se deduce claramente la subordinación de la potestad sancionadora administrativa al poder punitivo penal-judicial. La puesta en relación del principio de subordinación resultante con el ya estudiado de *non bis in idem* lleva justamente a la prevalencia de dicho poder sobre aquella potestad, con las siguientes consecuencias:

1ª. La imposibilidad de que la Administración despliegue actividad sancionadora cuando los hechos puedan ser constitutivos también de delito o falta, conforme a la legislación penal (Cp y Leyes penales especiales), mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre los mismos: prioridad del enjuiciamiento judicial penal sobre el administrativo,

que obliga a la suspensión de las actuaciones administrativas hasta que éste tenga lugar (STC 77/1983, de 3 de octubre). Una aplicación clara de esta regla se encuentra en el artículo 55 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia; en el artículo 77.6, párr. 1º de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria; y en el artículo 94.3 de la LC. Con carácter general así lo dispone el artículo 7 RPrPS.

2ª. La vinculación de la Administración pública a la declaración judicial sobre los hechos; vinculación que despliega dos efectos: uno positivo, consistente en que lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica (efecto propio de la cosa juzgada), y otro negativo, a saber, la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre los hechos (STC 77/1983, de 3 de octubre). Esta vinculación se traduce en un monopolio judicial sobre la declaración de los hechos en caso de concurrencia del poder penal-judicial y de la potestad administrativa sancionadora. El artículo 77.6 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, consagra esta regla para las sanciones de dicho carácter. Y la establecen ya con carácter general para todos los procedimientos sancionadores los artículos 137.2 LRjAPyPAc y 7.3 RPrPS.

3ª. La improcedencia de la imposición de sanción administrativa en el supuesto de condena penal por los mismos hechos, de suerte que - siempre en el caso de concurrencia entre los dos poderes sancionadores o punitivos- la sanción administrativa sólo es factible sobre la base de su legislación específica permisiva de una calificación autónoma de los hechos, cuando el proceso penal haya concluido sin imposición de pena alguna (STC 77/1983, de 3 de octubre). De ello resulta que la concurrencia de los poderes punitivos considerados es, como ya sabemos, imperfecta y en favor, precisamente, del penal-judicial. El artículo 77.6, párr. 2º de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, y el artículo 94.3 de la Ley 22/1988, de 28 de Julio, de Costas, establecen esta regla para las sanciones que, respectivamente, regulan.

B. Principios de interdicción del *solve et repete* y de la *reformatio in peius*.

Estos principios, que postulan las interdicciones de condicionamiento de la admisibilidad de la impugnación de la sanción al pago o depósito de ésta, el referido al *solve et repete*, y de agravación de la sanción en el curso



de las instancias a que dé lugar la impugnación de la misma, el referido a la *reformatio in peius*, no han regido pacíficamente en el Derecho sancionador administrativo, que más bien ha tendido a organizarse sobre los de sentido inverso. Tras la Constitución y por exigencia de su artículo 24, tales principios deben entenderse que forman parte de dicho Derecho. Así lo tiene ya establecido la mejor jurisprudencia contencioso-administrativa (SsTS de 15 de marzo de 1985 y 17 de octubre y 25 de noviembre de 1986 -R. Ar. 1594, 6561 y 964, respectivamente-, para el primero, y de 3 de febrero de 1984 -R. Ar. 1024-, para el segundo). El Tribunal Constitucional ha declarado conforme a la norma constitucional, no obstante, la exigencia de consignaciones para la interposición de recursos de casación (STC 85/1983, de 25 de enero).

El artículo 21.3 RPrPS consagra, con carácter general, el principio de prohibición de la *reformatio in peius*.

C. Principio de caducidad de las actuaciones sancionadoras.

Dados el objeto y alcance de la potestad sancionadora, en su ejercicio adquiere especial intensidad la obligación legal de resolución expresa en tiempo establecido con carácter general para toda actividad administrativa por el artículo 42.1 y 2 LRjAPyPac. De ahí que, en este campo, la inactividad administrativa determina la caducidad de los procedimientos, con la consecuencia de la imposibilidad ulterior de la persecución de la infracción o, en su caso, la exigencia de la sanción, aun cuando ni aquella ni ésta hubieran aún prescrito. Así lo entiende la jurisprudencia contencioso-administrativa: SsTS de 2 de diciembre de 1980, 31 de diciembre de 1983, 23 de enero de 1984, 26 de noviembre de 1985 y 30 de octubre de 1986 (R. Ar. 4884, 479 de 1984-, 141, 490 de 1986- y 5822, respectivamente).

El artículo 20.2 RPrPS ha venido a establecerlo con carácter general. A su tenor, la falta de resolución en el plazo máximo (en principio 6 meses para el procedimiento ordinario y 1 mes para el simplificado), teniendo en cuenta las interrupciones imputables a los interesados o derivadas de suspensiones del procedimiento, determina el inicio del cómputo del plazo de caducidad previsto en el artículo 43.4 LRjAPyPac (referido a procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables para los interesados), transcurrido el cual el órgano competente emitirá,

a solicitud del interesado, certificación en la que conste que ha caducado el procedimiento y se ha procedido al archivo de las actuaciones.

4. El procedimiento sancionador.

1. Los términos de la ordenación procedimental del ejercicio de la potestad sancionadora

La LRJAFyPAC establece una regulación unitaria no de la totalidad de la actividad sancionadora administrativa, sino únicamente de las instituciones procedimentales utilizables por las ordenaciones de los distintos y concretos procedimientos en la materia (así resulta sin más del artículo 134 del texto legal, así como del deber de adecuación de los procedimientos previsto en su disposición adicional cuarta, con entera independencia de las graves deficiencias que presenta esta última solución tanto en sí misma considerada, como en su formulación legal). De ahí que, en su desarrollo, el RPrPS hable de "procedimientos específicos" y no de procedimientos especiales. La regulación del texto legal es, pues, común y, por tanto, de obligado respeto por cualquier normativa administrativa sancionadora (general, autonómica o local). El RPrPS la complementa, ofreciendo una regulación reglamentaria general (común) que no es aplicable directamente y sí sólo en defecto, total o parcial, de normas ordenadoras de procedimientos específicos.

El sistema establecido es objeto de severa crítica por parte de la doctrina mayoritaria (E. García de Enterría, R. Parada), estimándolo inconstitucional (por considerar procedente una regulación única de toda la actividad administrativa sancionadora) y, además, regresivo respecto a la situación anterior, determinada por la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Esta crítica parece excesiva, por las siguientes razones:

1. No es estrictamente cierto, en todo caso, que exista regresión respecto del sistema de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. En ésta el procedimiento sancionador constituía un procedimiento especial, cuyas normas -conforme al art. 1- sólo eran aplicables en defecto de las especiales que podían continuar subsistiendo y que, en todo caso, eran supletorias en el ámbito de la Administración local y de los Organismos Autónomos (cosa distinta es la evolución posterior del régimen del procedimiento administrativo en estos ámbitos) y respecto de las cuales el ar-



tículo 133 del mismo texto legal de 1958 dejaba a salvo lo dispuesto en disposiciones procedimentales especiales. Bien es verdad que el aludido juicio de regresión (aquí no compartido por lo que luego se dirá) puede apoyarse en la realidad misma, en la medida en que el sistema descrito no produjo dispersión efectiva significativa de procedimientos, de suerte que el regulado en la Ley de 1958 resultaba el aplicado con carácter general.

2. La imputación de inconstitucionalidad descansa en la unidad de garantías que resulta de la norma fundamental, desde la que se minimiza la trascendencia del orden organizativo-competencial que también ésta contiene (entendiendo que la expresión "procedimiento común" que emplea el art. 149.1.18 CE es idéntica a la de "procedimiento único y general") y, en último término, en la idea de la unidad del *ius puniendi* del Estado y la consecuente práctica identidad -sólo susceptible de matizaciones- de los principios del Derecho penal y del sancionador administrativo.

Con anterioridad se ha avanzado ya una posición contraria a la apuntada idea de la unidad del *ius puniendi* estatal, en la medida en que -como ha razonado convincentemente A. Nieto- no resulta del orden constitucional positivo, del que sí es deducible, por contra, la autonomía institucional del Derecho sancionador administrativo (no incompatible con la unidad, en su núcleo básico, de las garantías constitucionales y la toma a préstamo, por extensión, de las técnicas del Derecho penal, debidamente adaptadas). Desde la especificidad de dicho Derecho sancionador administrativo, así recuperada, parece claro que, por la misma naturaleza de las cosas (especialmente en el plano procedimental) y exigencia del artículo 103.1 CE, la lógica y la economía esenciales de la potestad sancionadora no pueden separarse o independizarse de las propias de las potestades administrativas en general. Justamente por razón de la unidad (en su núcleo) de las garantías constitucionales frente a cualquier poder punitivo o sancionador (justificativo de cierta peculiaridad de la potestad sancionadora), lo decisivo es sólo la efectividad general y uniforme de tales garantías, la cual queda suficientemente salvaguardada sin más por la propia Constitución, pero en todo caso también -en el plano legislativo ordinario- por la regulación común contenida en la LRjAPyFAC (tanto más cuanto que a ella se añade, además, la supletoria del RPrPS).

De resto, la distribución constitucional territorial de competencias y la autonomía local (así como la consecuente coexistencia de una pluralidad de Administraciones), unida a la accesoriadad de la sancionadora respecto de la competencia principal sobre la materia (conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional), legitima únicamente una regulación unitaria de las instituciones procedimentales y, por tanto, prohíbe una regulación única de la totalidad de la actividad administrativa sancionadora. En efecto, el "procedimiento común" de que habla el artículo 149.1.18 CE para atribuir sobre él competencia plena a las instituciones generales del Estado no es idéntico a ~~¡Error! No se encuentra la fuente de la referencia.~~ y se sitúa, por tanto, en un plano distinto y nuevo respecto del propio de la dialéctica tradicional general-especial. En consecuencia y tras la Constitución, el juego entre ordenación común de la actividad administrativa formalizada (sujeta a procedimiento legalmente establecido) y regulación de procedimientos administrativos no puede equipararse sin más al tradicional y ajeno a él entre disciplina de procedimientos generales y de procedimientos especiales. Ésta es la única interpretación, acogida en la Exposición de Motivos de la LRjAPyPac, que permite cohesionar las diferentes y simultáneas exigencias de la Constitución en el orden sustantivo o material y el organizativo de la articulación territorial del Estado. Cuestión distinta es la opinión que pueda tenerse respecto del sistema resultante del marco constitucional y de la pertinencia de apurar las posibilidades interpretativas para minimizar su complejidad.

2. El modelo de procedimiento sancionador

Dentro del respeto de los principios, fijados legalmente y ya estudiados, el RPrPS, con el carácter y alcance ya expuestos, establece una regulación general definitoria de un modelo (con diferenciación luego, para las infracciones leves, de uno simplificado, en los términos previstos por sus arts. 23 y 25), las líneas maestras de cuya ordenación, desarrollo y terminación se exponen a continuación.

a) La fase previa al procedimiento propiamente dicho (integrante de las llamadas "actuaciones previas").

Con objeto de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia o no de circunstancias justificativas de la iniciación formal del procedimiento, los órganos con funciones de investigación, averiguación e inspección en



la materia y, en defecto de ellos, la persona u órgano administrativo que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del procedimiento, pueden realizar actuaciones previas (a la incoación de dicho procedimiento); actuaciones que deben orientarse a precisar, en los términos más exactos posibles, los hechos susceptibles de motivar aquella incoación, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurren en unos y otras (art. 12).

b) La iniciación (incoación) del procedimiento y la acusación provisional.

La iniciación (incoación) del procedimiento sancionador se produce siempre de oficio y mediante acto del órgano competente, con entera independencia de que éste se dicte por iniciativa propia o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia (art. 11, que, además, define todos y cada uno de los supuestos anteriores y, en su caso, sus efectos sobre la voluntad del órgano competente).

El acto de iniciación o incoación tiene un contenido mínimo predeterminado, que comprende la identificación de la persona o personas presuntamente responsables; la exposición sucinta de los hechos motivantes, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción; la determinación del instructor y, en su caso, secretario del procedimiento, con expresa indicación del régimen de recusación de los mismos; la indicación del órgano competente para la resolución y de la norma que atribuya la competencia; la información de la posibilidad del reconocimiento voluntario de la responsabilidad (que, de concretarse mediante dicho reconocimiento o el pago de la multa, permite la inmediata resolución del procedimiento y la apertura de la vía del recurso procedente, así como -en los términos y en los periodos establecidos- la aplicación de reducciones sobre el importe de las sanciones; art. 8); comunicación de las medidas provisionales adoptadas, sin perjuicio de las que puedan acordarse ulteriormente; y la indicación del derecho a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento y de los plazos para su ejercicio.

La acusación es, pues, simultánea a la incoación. El contenido de ésta en que se concrete aquélla debe ser lo suficientemente preciso para satisfacer los requerimientos del derecho de defensa.

c. La fase de instrucción y prueba.

El instructor y las unidades administrativas que tengan asignada tal función son los responsables directos de la tramitación del procedimiento (art. 14.2). Todos los órganos y dependencias administrativas de cualesquiera Administraciones tienen el deber, en los términos del artículo 4 LRjAPyPac, de facilitarles los antecedentes e informes, así como los medios personales y materiales precisos para el desarrollo de las actuaciones (art. 14.1).

A partir de la notificación de la incoación del procedimiento, el o los interesados disponen de un plazo de quince días para la formulación de alegaciones, aportación de informaciones y documentos y propuesta de práctica de medios probatorios. Simultáneamente, el instructor debe practicar de oficio las actuaciones que entienda precisas para las comprobaciones probatorias (art. 16).

Concluido el trámite de alegaciones y a la vista de éstas, el instructor puede acordar la apertura de un período probatorio, no inferior a diez ni superior a treinta días, de conformidad con los artículos 80 y 137.4 LRjAPyPac. La práctica de las declaradas pertinentes debe realizarse en los términos del artículo 81 del mismo texto legal. Si la valoración de las pruebas practicadas puede llegar a constituir el fundamento básico de la resolución del procedimiento, por ser pieza imprescindible para la evaluación de los hechos, debe incluirse en la propuesta de resolución (art. 17).

d. Propuesta de resolución (acusación definitiva) y audiencia.

Concluida la instrucción (incluido, en su caso, el período probatorio), el instructor debe formular propuesta de resolución, cumpliendo los siguientes requisitos (art. 18, en relación con el 16.3):

1. Motivación suficiente de todo su contenido, con precisión en el de las eventuales modificaciones (respecto de la acusación provisional formulada en el acto de iniciación) en la determinación de los hechos, de su calificación, de las sanciones imponibles y/o de las responsabilidades apreciadas.

2. Fijación de los hechos, con especificación de los considerados probados y de su exacta calificación jurídica.



3. Determinación de la o las infracciones administrativas que integren los hechos y de la persona o personas consideradas responsables, con especificación de la o las sanciones propuestas y de las medidas provisionales adoptadas, o bien, alternativamente, propuesta de declaración de no existencia de infracción o responsabilidad.

La notificación preceptiva de la propuesta de resolución debe contener indicación de la puesta de manifiesto del expediente, abriendo el trámite de audiencia por plazo de quince días, en el que el o los interesados pueden formular alegaciones y aportar informaciones y documentos (art. 19).

Concluido el trámite de audiencia, las actuaciones deben cursarse inmediatamente al órgano competente para resolver.

e. La resolución.

El órgano competente para resolver puede acordar, motivadamente, la realización previa de actuaciones complementarias, que suspende el plazo legal para resolver y abre un trámite contradictorio sobre su procedencia (art. 20. 1).

La resolución debe dictarse dentro de los diez días siguientes a la recepción de la propuesta correspondiente y puede formalizarse por cualquier medio idóneo para acreditar la voluntad del órgano, debiendo satisfacer los siguientes requisitos (art. 20):

1. Motivación y cumplimiento del contenido exigido por el artículo 89.3 LRJAPyFAC, incluyendo, especialmente, la valoración de las pruebas practicadas (sobre todo las constitutivas de los fundamentos básicos de la decisión) y la fijación de la o las infracciones cometidas y de la sanción o las sanciones impuestas, o bien, alternativamente, la declaración de no existencia de infracción o de responsabilidad.

2. Decisión de todas las cuestiones planteadas por los interesados y de las derivadas del procedimiento.

3. No aceptación de hechos distintos de los determinados en la fase de instrucción (o, en su caso, en las actuaciones complementarias).

4. No agravación de la calificación de la infracción (respecto de la contenida en la propuesta de resolución) sin previo otorgamiento al o los interesados de nuevo y específico trámite de audiencia.

Además, y de haberse causado daños o perjuicios a la Administración pública, la resolución debe contener declaración de la exigencia al o los infractores de la reposición de las cosas a su estado originario y la indemnización de los daños y perjuicios (esto último sólo cuando la cuantía de los mismos haya sido determinada en el procedimiento sancionador, debiendo, en otro caso, procederse a su exigencia previa tramitación de un procedimiento distinto y complementario) [art. 22].

La resolución que ponga fin a la vía administrativa es inmediatamente ejecutiva, mientras que la que sea aún susceptible de recurso en dicha vía no lo es hasta el transcurso del plazo para recurrir sin formalización de la impugnación o, en otro caso, la resolución del recurso interpuesto (art. 21.1 y 2).



ABREVIATURAS EMPLEADAS

CE	Constitución Española de 1978.
Cp	Código Penal, aprobado por Ley orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre.
LRjAPyPAC	Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
RPrFS	Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de Agosto.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
R. Ar.	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia.

NOTA BIBLIOGRAFICA

A continuación se reseñan los trabajos y las obras más directamente atinentes al objeto del texto y que se han manejado para su elaboración, figurando entre las mismas en todo caso aquéllos en los que se han vertido las opiniones y tesis de los autores que se citan expresamente:

FERNANDEZ FARRERES, G., "Principio de legalidad y normativa sobre medidas de seguridad y vigilancia de bancos, cajas de ahorro y otras entidades", *RAP*, núms. 100-102, vol. III.

GARCIA DE ENTERRIA, E., "La problemática puesta en aplicación de la LRJPAC: el caso del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Nulidad radical del Reglamento y desintegración general del nuevo sistema legal", *REDA*, núm. 80 (1993).

GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, II, 4ª ed., 1993, Civitas, Madrid.

LOZANO, B., *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Marcial Pons, Madrid, 1990.

- "La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador (a propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre)", *RAP*, núm. 129 (1992).

MARTIN-RETORTILLO, L., *Las sanciones de orden público en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1973.

- "Multas administrativas", *RAP*, núm. 79 (1976).

MESTRE DELGADO, J. F., "Potestad reglamentaria y principio de legalidad", *REDA*, núm. 57 (1988).

- "La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública", en *Homenaje a García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.

NIEFO, A., *Derecho administrativo sancionador*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1993.

PARADA, R., "El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal", *RAP*, núm. 67 (1972).

- "Evolución y constitucionalización de las infracciones administrativas", *PJ*, núm. 4 (1982).

- *Derecho Administrativo*, I, Parte General, 8ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1996.

REBOLLO PUIG, M., *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, INAP, Madrid, 1989.

- "Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", *RAP*, núm. 125 (1991).



SUAY RINCON, J., "El Derecho Administrativo sancionador: perspectivas de reforma", *RAP*, núm. 111 (1986).

- *Sanciones administrativas*, Studia Albornotiana, Bolonia, 1989.

TORNOS MAS, J., "Infracción y sanción administrativa: el tema de su proporcionalidad en la jurisprudencia contencioso-administrativa", *REDA*, núm. 7 (1975).

LA POTESTAD SANCIONATORIA EN EL DERECHO VENEZOLANO

(Diagnóstico actual del sistema sancionatorio venezolano, a la luz de las premisas aportadas por la ponencia de Luciano Parejo Alfonso y la jurisprudencia nacional más reciente)



**LA POTESTAD SANCIONATORIA EN EL DERECHO
VENEZOLANO**

(Diagnóstico actual del sistema sancionatorio venezolano, a la luz de las premisas aportadas por la ponencia de Luciano Parejo Alfonzo y la jurisprudencia nacional más reciente)

**Por Hildegard Rondón de Sansó
Magistrada de la Corte Suprema de Justicia**

I.

**COMENTARIOS A LA PONENCIA PRESENTADA
POR EL CATEDRÁTICO LUCIANO PAREJO ALFONZO,
DENOMINADA "LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA
REPRESIVA Y EL RÉGIMEN DE LAS SANCIONES
ADMINISTRATIVAS EN EL DERECHO ESPAÑOL"**

El texto que sigue a continuación no es otra cosa que una síntesis de la ponencia presentada por Luciano Parejo Alfonzo, denominada "La Actividad Administrativa Represiva y el Régimen de las Sanciones Administrativas en el Derecho Español" que, a nuestro entender, y con base a la experiencia adquirida sobre el tema respecto al cual nos inclinamos por vocación y por oficio¹, es la más completa síntesis de los problemas teóricos y prácticos fundamentales del Derecho Sancionatorio, no sólo respecto al ámbito español, sino a su situación actual en los llamados *sistemas de Derecho Administrativo*, esto es, los que siguen en sus lineamientos generales, el modelo francés.

El expositor, enuncia y describe en forma concreta, pero que al mismo tiempo exhaustiva, las distintas posiciones que se mantienen sobre los

1. El oficio al cual se alude es el de juez contencioso-administrativo a través del cual hemos tenido que controlar el ejercicio de la actividad sancionatoria de la Administración, tanto externa como interna (sanciones disciplinarias). La vocación, por su parte, se revela en múltiples trabajos desde los que están comprendidos en *"La Teoría General de la Actividad Administrativa"* (Caracas 1986), como en la monografía sobre *"La responsabilidad administrativa y la responsabilidad disciplinaria en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público"*. En Régimen Jurídico de Salvaguarda del Patrimonio Público. Caracas, UCV. Vol. VI. 1985., y en *el Sistema Contencioso-Administrativo de la Carrera Administrativa* (Editorial Magon, Caracas, 1974).

puntos más delicados de la materia, exponiendo el estado de la doctrina y de la jurisprudencia. Este poder de síntesis no reñido con el detalle, le permite enunciar todas y cada una de las categorías que derivan de la clasificación tradicional, facilitando así, al lector un primer conocimiento panorámico del tema; pero también una visión detallada de sus más relevantes elementos.

Al analizar la penalización de las conductas contrarias a la Administración Pública, señala Parejo Alfonso que las diferencias sustantivas entre "infracción (en sede administrativa)" y "pena (en sede criminal)", estriban que, esta última comprende la privación de libertad que en la primera no opera. Es decir, que el único elemento diferencial entre la potestad sancionadora y el *ius puniendi* que ejercen los jueces penales está en el límite o interdicción de sanciones que directa o subsidiariamente impliquen la privación de la libertad. En efecto, las violaciones al -orden jurídico que realizan los ciudadanos, pueden ser objeto del *ius puniendi*, que recae sobre los ilícitos definidos legalmente como penales y las infracciones administrativas. De allí que, el Derecho Sancionador esté en manos tanto del juez penal como de la Administración. Cabe entonces la pregunta de ¿cuál es la diferencia intrínseca entre los ilícitos penales y los ilícitos administrativos?. Del pormenorizado análisis de la cuestión, el autor llegará a la conclusión de que no hay distinción de naturaleza intrínseca, entre ambas figuras, sino que la asignación de una materia a una u otra jurisdicción va a depender de la política legislativa que se asuma.

Al enunciar las causas que han determinado a lo largo del tiempo la potenciación de la potestad administrativa sancionadora en detrimento de la punición jurisdiccional, el autor encuentra que las mismas están determinadas por:

- a) El desbordamiento del sistema represivo judicial penal;
- b) La ambigüedad de la figura del Ministerio Público;
- c) La rigidez del principio "*nulla poena sine iudicio*";
- d) La necesidad práctica organizativa y de funcionamiento del Estado en el cumplimiento de su función, necesidad que su evolución misma no ha hecho sino incrementar;



e) La nueva configuración de los mecanismos del Estado, fundamentalmente la desregulación y la privatización, con su exigencia de sistemas operativos diferentes al penal-judicial, todo lo cual deriva a su vez de tres motivos básicos, a saber:

1. La necesidad de no recargar a la justicia penal, con sanciones de hechos de poca gravedad;
2. La necesidad de dotar de mayor eficacia el aparato repressivo; y,
3. La necesidad de una mayor inmediación del órgano decisorio.

Indica el autor que hoy en día el problema principal ya no es el de justificar la potestad administrativa sancionadora, sino el de extenderla a las instituciones públicas de base privada y a las llamadas administraciones autónomas independientes.

Al definir la sanción administrativa la misma se presenta como el mal que la Administración inflige a un administrado en ejercicio de la potestad administrativa por una conducta constitutiva de una infracción administrativa, es decir tipificado previamente como tal. El contenido de estas sanciones puede operar directamente sobre el patrimonio, como es el caso de la multa, o puede implicar la pérdida total o parcial de una ventaja, como es el caso de la revocación. Las penas accesorias a las antes previstas son las de comiso y la obligación de reponer las cosas al estado anterior al daño que se le hubiese ocasionado. Ahora bien, el actor insiste en que no puede considerarse que la sanción administrativa sea cualquier consecuencia negativa para el administrado, por cuanto no constituyen sanción las medidas desfavorables para la contraparte que la administración asume en las relaciones jurídico-administrativas bilaterales (contratos y concesiones).

Por lo que atañe a la clasificación de las sanciones, el autor recuerda que las más importantes se fundan en los siguientes criterios: a) De acuerdo con la esfera de operatividad (*ad intra; ad extra*); b) De acuerdo con el tipo de relación jurídica (a. sujeción general; b. sujeción especial. Esta última distinción que se considerara fundamental para la doctrina menos reciente, hoy en día es casi irrelevante debido a: a. El cuestionamiento del concepto de sujeción; y, b. el hecho de que las garantías jurídicas han sido

extendidas a todo el derecho represivo. Es así, como se han consagrado ciertas reglas en el ejercicio de la potestad sancionadora, cualquiera que sea la naturaleza de la relación.

Otra clasificación es la fundada en la materia que la determina (elemento sustantivo), en base a la cual se distingue entre: a) Sanciones de policías generales, que son las que persiguen la seguridad ciudadana- b) Sanciones de policías especiales, que protegen a ordenamientos jurídicos concretos. Dentro de esta categoría se comprenden las siguientes subcategorías: sanciones de policía demanial (bienes del dominio público); sanciones de policía de política pública formalizada en ordenamientos sectoriales (urbanismo, sanidad, seguro social, comercio, libre competencia, consumo de alimentos, tráfico, medio ambiente, contribución a las cargas generales, y sobre todo, el derecho sancionador tributario). Recalca el autor el crecimiento espectacular, tanto en extensión como en intensidad del último mencionado; c) *Sanciones disciplinarias*, las cuales se aplican a la relación de empleo público tanto civil como militar.

Respecto a la potestad disciplinaria, la misma se ha extendido a los siguientes ámbitos: 1. Servicios públicos (establecimientos penitenciarios, sanitarios, y de enseñanza); 2. A los organismos de base privada, como lo son los colegios profesionales, en los cuales se protege la disciplina deontológica de las correspondientes profesiones.

Los principios constitucionales y legales del Derecho Sancionador Administrativo, son expuestos por Parejo Alfonzo en base a la premisa de su unificación con los principios que rigen en el Derecho Penal, es decir, en base a la tesis de un único *ius puniendi*, a conciencia de que una parte de la doctrina (A. Nieto), está en contra de su unicidad. Estos principios de la potestad sancionadora son los siguientes:

1. Principio de legalidad

Que se traduce en las siguientes pautas:

- a. Un requisito sustancial y absoluto constituido por la predeterminación nominativa de la infracción y sanción que se re-



vela en la exigencia de: *lex scripta, lex certa, lex previa*. Un requisito *formal y relativo* en el sentido de que debe ser establecido por una ley formal, pero puede mediar otra fuente equivalente. Se proscribire la delegación de la ley al reglamento; pero, el grado de remisión es variable, ya que en los ordenamientos sectoriales se hace más intenso (tal es el caso de los colegios profesionales).

Acota el autor comentado que en el Derecho Administrativo Sancionador, la reserva legal es menos estricta que en materia penal. Otra acotación aguda e importante del autor es el señalamiento de que es absurdo entender una reserva absoluta del Derecho Sancionador Administrativo. En esta última esfera se plantean como elementos básicos la tecnificación, la complejidad y la extraordinaria dinámica de la sociedad actual.

b. La segunda garantía está constituido por el postulado de que el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde sólo a los órganos competentes, con la expresa prohibición de delegación. Respecto a la desconcentración y a la evocación, estas figuras organizativas sí resultan procedentes.

c. La tercera garantía es la garantía procedimental, lo cual presupone que la sanción administrativa es el resultado de una actividad estrictamente formalizada.

2. Principio de Irretroactividad.

El cual implica lo siguiente:

- a. La aplicación de la norma sancionadora sólo es válida para situaciones posteriores a su vigencia;
- b. Excluye la aplicación de normas retroactivas desfavorables.

3. Principio de Tipicidad:

Es una manifestación de la seguridad jurídica, por cuanto constituye la predeterminación normativa de las conductas ilícitas. El principio de tipicidad implica la secuencia de las siguientes etapas:

a. Operación de tipificación, que ha de realizarse mediante ley formal, o con norma que tenga su mismo rango, cuyo contenido es la calificación formal como infracciones de determinados supuestos y su clasificación en leves, graves y, muy graves;

b. La colaboración reglamentaria en la tipificación. Este enunciado alude al hecho de que la ley puede llamar al reglamento para que colabore en la tipificación, siempre sometido a las siguientes reglas:

b.1. La ley debe establecer el cuadro de infracciones y sanciones,

b.2 El reglamento debe colaborar mediante sus especificaciones a la más precisa identificación de las infracciones;

b.3. El reglamento no puede prever nuevas infracciones o sanciones; no puede alterar la naturaleza de las previsiones legales, ni puede aplicar por sí mismo las infracciones y las sanciones.

4. Principio de la Responsabilidad o Culpabilidad.

Este principio implica la negación de la responsabilidad estrictamente objetiva.

5. Principio de la Proporcionalidad

Que deriva de la prohibición general que se formula a los poderes públicos de tener actuaciones arbitrarias, y demanda la adecuación de los medios empleados a los fines perseguidos.

6. Principio de Prescripción

En virtud del cual, la acción sancionadora se extingue de acuerdo con la gravedad de la falta en un lapso que, en la legislación española es variable de 3 años para las muy graves; de 2 años para las graves; y de 6 meses para las leves. Igualmente, para las sanciones existen plazos de prescripción.



7. Principio del "non bis idem".

Esto es, el de la concurrencia imperfecta de sanciones o incompatibilidad de la doble punición penal y administrativa. El principio que se expresa, alude a la interdicción de la doble sanción por los mismos hechos.

8. Principio de presunción de inocencia.

Expresamente consagrado en el derecho Español, en el sentido de que los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa, mientras no se demuestre lo contrario; demostración que incumbe a la Administración.

9. Principio de aplicación de las garantías procedimentales de defensa.

Este principio implica el derecho de conocer los cargos, de ser informado de la acusación, y de poder producir las pruebas que resulten procedentes.

Hay igualmente una serie de principios procedimentales específicos del procedimiento sancionador, como lo son:

- a. El de la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándose cada una de ellas a órganos diferentes;
- b. El principio de la legitimación de la adopción mediante acto motivado de medidas de carácter provisional, para el aseguramiento de la eficacia de la resolución final;
- c. Otro principio sería el de la resolución de todas las cuestiones planteadas en el expediente sancionador (globalidad de la decisión); y, finalmente,
- d. El principio de la motivación de la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador.

El autor enuncia otros principios del Derecho Sancionador Administrativo, tales como:

a. El principio de subordinación de la administración sancionadora al juez Penal, que se manifiesta en:

a.1. La imposibilidad de que la administración despliegue actividad sancionadora cuando los hechos puedan ser constitutivos también de delitos o faltas;

a.2. La vinculación de la administración pública a la declaración judicial sobre los hechos, vinculación ésta que tiene dos efectos: uno positivo, consistente en que lo declarado en sentencia firme constituye la verdad jurídica (cosa juzgada); y otro negativo, que es la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre los hechos;

a.3. La improcedencia de la imposición de sanción administrativa en el supuesto de condena penal por los mismos hechos, por lo cuál, la sanción administrativa sólo es factible sobre la base de una calificación autónoma de los hechos, cuando el proceso penal haya concluido sin imposición de pena alguna.

b. Principio de interdicción del *solve et repete* y de la *reformatio in peius*. Estos principios no han regido pacíficamente en el derecho sancionador administrativo.

c. Principio de caducidad de las actuaciones sancionadoras. La inactividad administrativa determina la caducidad de los procedimientos.

El último punto que se trata en la monografía, es el relativo al procedimiento sancionador, en el cual se determina cuál es el modelo que ha de regir en tal esfera, y se van desarrollando cada una de sus fases, que estarían constituidas fundamentalmente por:

- a) Una fase previa;
- b) La iniciación (incoación) y la acusación provisional;
- c) La fase de instrucción y prueba;
- d) La propuesta de resolución, acusación definitiva y audiencia; y,
- e) La resolución.



**II.
REPERCUSION EN EL DERECHO VENEZOLANO DE
LA TEMATICA DEL DERECHO SANCIONADOR**

I. Problema Fundamental del Régimen Sancionatorio

La potestad sancionatoria plantea con mayor o menor gravedad en todos los sistemas jurídicos una serie de problemas que reciben distintas soluciones por parte de la legislación, de la doctrina y de la jurisprudencia. Estos problemas son los que constituyen la temática fundamental de esta disciplina, es decir lo que sobre ella se aborda en los textos relativos a las fuentes antes mencionadas, lo que constituye en una palabra el contenido necesario de la materia, con la lógica advertencia de que, obviamente, la misma no se agota con el estudio de los indicados temas, ya que, por una parte, hay otros que de ellos derivan o que surgen a medida que se produce su desarrollo. De allí que, las enunciadas pueden considerarse como las materias básicas, -en vista de su carácter esencial-, para acceder a su conocimiento. A nuestro ver, esta temática puede ser sintetizada en la forma siguiente:

1. La determinación de si existe la autonomía del Derecho Disciplinario frente a otros ordenamientos;
2. La necesidad o no de la existencia de una normativa general sobre las infracciones administrativas para impedir la dispersión de su régimen y lograr su unificación;
3. El grado de sumisión del Derecho Disciplinario al principio de tipicidad de las infracciones y sanciones y la conveniencia o inconveniencia de hacerlo equivalente a su aplicación en el Derecho Penal;
4. La hipertrofia de la potestad sancionatoria de la Administración.
5. La despenalización progresiva de las conductas irregulares en el ámbito administrativo, así como la lamentable corriente que en algunos sistemas impera en sentido contrario.

Hay otros aspectos que se debaten en materia de Derecho Sancionador, pero ellos en una u otra forma están comprendidos en los precedentemente enunciados, cuyo contenido pasamos a analizar.

2. Determinación de la autonomía del Derecho Sancionatorio frente a otras disciplinas.

La ubicación del Derecho Sancionatorio en el sistema jurídico, tiene una importante consecuencia, a los fines de determinar el alcance de la disciplina y sus rasgos fundamentales, en base a los cuales deba hacerse su interpretación, por cuanto la rama jurídica en la cual se le ubique le proporcionará su espíritu y los principios que determinan la conformación de sus instituciones. En la materia que es el objeto de nuestro estudio, podemos señalar la existencia de tres corrientes respecto a la especialidad jurídica que la cobija, ellas son:

- a) La de aquellos que la consideran como una rama del Derecho Penal, llegando incluso a darle una calificación de disciplina especial dentro de la misma, en forma tal que se le designa como Derecho Penal Administrativo. Al efecto, -quienes mantienen la tesis antes expuesta, exigen al Derecho Sancionador llenar estrictamente los requisitos de la reserva legal y de la tipicidad, e incluso, discuten sobre la necesidad de trasladar a este campo, la noción de la culpabilidad. El último punto mencionado es de particular importancia, ya que las personas jurídicas son cada vez con mayor frecuencia, los sujetos de las sanciones, y al mismo tiempo, respecto de las mismas no puede hacerse la imputación del elemento subjetivo culpa.
- b) Para otros se trata de una rama del Derecho Administrativo, que se erige sobre la potestad sancionatoria de la Administración, considerando tal potestad como un elemento del ejercicio de la policía administrativa.
- c) Finalmente, avanza la tesis que le atribuye autonomía al derecho sancionador, considerándolo como una categoría genérica que comprende el *ius puniendi*, potestad superior del Estado que se desglosa en:

- c. 1. La sanción penal dirigida a la represión de delitos y las faltas; que se ejerce por el juez penal; cuyo régimen en el



plano sustantivo es el Derecho Penal; y, en el aspecto formal o adjetivo el Derecho Procesal Penal o Enjuiciamiento Criminal;

c.2. La sanción administrativa que es aplicada por el órgano administrativo, y cuyo régimen da lugar al Derecho Sancionatorio. Este ámbito se ubica en la propia esfera del Derecho Administrativo, y por lo que atañe a su aplicación en sede jurisdiccional sólo en algunas materias muy especiales existen procedimientos y tribunales especiales, como es el caso de las sanciones aduaneras por razones de contrabando que son reprimidas a través de un tribunal especial denominado Tribunal Superior de Hacienda.

¿Cuál es la razón por la cual el ejercicio del *Ius Puniendi* por parte de la Administración no da en principio origen a una disciplina procesal especial?. Algunos podrían considerar y sin profundizar en el análisis que las sanciones administrativas se aplican en sede del contencioso-administrativo error de gran magnitud conceptual pero que resulta frecuente. Es efecto, en el Derecho Sancionatorio es la propia Administración la que aplica las sanciones las cuales son objeto de recurso contencioso-administrativo por cuanto en tal caso sí se estaría actuando contra la Administración ante un organismo jurisdiccional que tendría la potestad de anular sus actos.²

Tal como lo señalara Luciano Parejo Alfonso³, los tratadistas germánicos (O. Mayer; J. Goldsmicht) han realizado grandes esfuerzos por construir un Derecho Penal Administrativo. Estos esfuerzos tuvieron como objeto, no tanto la intención clasificadora, sino más bien, la de que a las sanciones administrativas se le apliquen las garantías que rigen para el Derecho Penal; pero como bien lo señala el mismo autor, tales esferas deben tenerse como superadas en momentos como el presente, en el cual la opinión general es por una parte, en el sentido de que no existe una diferencia

2. Este error de apreciación está presente en un texto legislativo de gran importancia como lo es el Informe de la Subcomisión Especial del Senado para el estudio de la Reforma Constitucional del Poder Judicial y Ministerio Público del 9 de octubre de 1996, en el cual al asignarse la competencia disciplinaria a un tribunal colegiado se le denomina al sistema como "contencioso-judicial", como si se tratara de un contencioso administrativo de las sanciones a los jueces.

3. "La Actividad Administrativa Represiva y el Régimen de las Sanciones Administrativa en el Derecho Español".

sustancial entre delito, falta e ilícito administrativo, y por la otra, de que las garantías penales se aplican a las sanciones administrativas.

Es así como puede considerarse importante la última de las tesis reseñada de la existencia de una potestad general en el Estado. Al concretarse esta potestad en el ámbito administrativo, lo cual exige que su ejercicio se adapte a las reglas que rigen a la Administración, el Derecho Sancionatorio pasa a ser una especialidad de la disciplina jurídica administrativa, mediante tal disciplina se reprime la conducta contraria a los intereses que la Administración tutela mediante la aplicación de sanciones cuya característica más resaltante de naturaleza negativa y diferencial de la penal es que las mismas no constituyen medidas de privación de la libertad de los ciudadanos.

La definición que hemos formulado nos indica que el sujeto que ejerce la potestad es una Administración, entendiéndose por tal, tanto a las Administraciones públicas formales, como a los entes que dictan actos de autoridad, capaces de incidir con sus decisiones sobre la esfera jurídica de los administrados, degradando a simple interés los derechos subjetivos, modificando su contenido, e incluso, extinguiéndolos.

El segundo elemento de la definición está constituido por la esencia del poder que faculta para la asunción de las medidas, que tiene el carácter de una potestad que, como tal, implica una carga que ha de ser atendida necesariamente, y posee la dual característica de ser derecho y sujeción a un tiempo; dotado de imperatividad para que pueda hacerse efectivo el contenido de sus actos, y permanente e imprescindible en su ejercicio.

Retomando entonces el concepto diferencial de la Potestad sancionatoria, respecto a la potestad penal, debemos puntualizar que el mismo se manifiesta en la distinta naturaleza del órgano que la ejerce: juez penal en la sanción penal y órgano administrativo en la infracción administrativa; así como en el contenido de la pena principal que en la sanción penal es privativa de la libertad, lo cual resulta ajeno al ámbito represivo de la Administración.

No puede desconocerse que las diferencias entre pena y sanción, entre delito, falta e infracción, son sumamente sutiles y la doctrina no es al



respecto unánime en sus Criterios y continúa haciendo esfuerzos por efectuar el deslinde del cual dependerá la ubicación de la disciplina que regula la materia en una u otra rama del derecho.

En el Derecho Venezolano cabe mencionar la posición de quien puede considerarse como decano en el estudio y exposición de la materia como lo es el penalista TULLIO CHIOSSONE⁴, quien considera que toda la rama del Derecho Sancionatorio pertenece al Derecho Penal; pero, a fin de otorgarle una connotación que revela su operatividad en el Derecho Administrativo, lo denomina Derecho Penal Administrativo. Reconociendo como elemento diferencial entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, el hecho de que la sanción administrativa que se origina por la transgresión de los derechos de la Administración esencialmente una falta por omisión.

Por el contrario, los administrativistas venezolanos en su totalidad se inclinan por el reconocimiento de un *ius puniendi* general del Estado que, al ser ejercido por la Administración, asume el carácter de Derecho Sancionatorio, cuyo estudio y sistemática se ubica en la esfera del Derecho Administrativo.

3. Necesidad de la existencia de una normativa general sobre las infracciones administrativas.

Un segundo tema de obligatorio examen para todos los que analizan el Derecho Sancionatorio, radica en la determinación de una norma general, preferiblemente de rango constitucional, en la cual se establezca el alcance y los límites de la potestad sancionatoria.

Los sistemas jurídicos tienen diferentes posturas respecto al Derecho Sancionador, por cuanto algunos poseen una ley general sobre las infracciones y las sanciones, en cuanto que otras, carecen de un bloque de normas-guía sobre la materia. Así, Italia⁵ y Alemania poseen una ley general de

4. CHIOSSONE, Tullio. "Sanciones en el Derecho Administrativo"

5. En Italia rige la Ley 689/1981 del 24 de noviembre, cuyo artículo 1º comienza por estatuir que: "Nadie puede ser sometido a sanciones administrativas, sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes de la comisión del hecho".

las infracciones y sanciones, en cuanto que España, carece de un texto de tal naturaleza. En igual sentido, algunos sistemas poseen normas en el propio texto de su Constitución, relativo al derecho sancionador, como sucede con España que tiene en el ámbito de la Constitución, un artículo que en forma expresa señala las pautas del sistema. El profesor Alejandro Nieto⁶ irónicamente, dice que para España es mejor no legislar -en estos momentos, dado el bajo nivel del Parlamento, y dejar el desarrollo de la materia a la jurisprudencia.

La aludida norma española es el caso típico de la disposición general con rango constitucional. Se trata del artículo 25, apartados 1 y 3 que establece: "1) Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituya delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.. (omissis).. 3) La Administración Civil no podría imponer sanciones que, directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad".

Los sistemas que carecen de una norma de tal naturaleza han tenido que valerse del principio de legalidad del Derecho Penal y aplicarlo por analogía a la infracción administrativa, con el riesgo de tener que determinar la extensión de tal aplicación analógica.

En efecto, normas como las contenidas en el artículo 25.1 y 25.3 de la Constitución Española, señalan que el régimen de infracciones administrativas está sometida a una serie de principios que podemos enunciar así:

- a. El principio de legalidad, cuya más importante consecuencia es la reserva legal y la tipicidad;
- b. La prohibición de establecimiento de penas privativas de la libertad, que es -justamente el elemento distintivo material que la doctrina encuentra entre pena criminal e infracción administrativa.

Es por lo anterior que la doctrina española⁷, al desglosar el contenido y alcance del artículo 25 de su Constitución, precedentemente transcrito, señala que en el mismo están consagrados los siguientes principios:

- 6. NIETO, Alejandro. *"Derecho Administrativo Sancionador"*. Segunda Edición. 1994.
- 7. GARBERI, Llobregat, José. *"La Aplicación de los Derecho y Garantías Constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador"*. Trivivam S.A. Madrid. 1980. página 70 y sgtes.



- a. La garantía criminal ("*Nullum crimen sine lege*"), esto es, la necesidad de una ley previa que determine si una conducta es antijurídica;
- b. La garantía penal ("*Nulla poena sine lege*"), que imposibilita la imposición de sanciones no previstas legalmente;
- c. La garantía jurisdiccional ("*Nulla poena sine iudicacione o nemo damnatur ni si per legale indicium*"), que alude a la necesidad del Proceso ante los órganos de la jurisdicción para que pueda ser impuesta la sanción correspondiente;
- d. La garantía de ejecución, según la cual no puede ejecutarse la sanción sino en la forma prevista por la ley.

En los sistemas que no poseen este tipo de normas, la problemática de los mismos se inicia con la determinación de si es aplicable o no la garantía de la legalidad, y con ello de sus sucedáneos. En efecto, la aplicación del principio de legalidad, significa la superación de la posición absolutista en virtud de la cual, el delito era lo que el juez estimaba como tal y la pena la que consideraba justa con arreglo a su soberano criterio.

4. Sumisión del Derecho Disciplinario al principio de tipicidad de las infracciones y sanciones en forma análoga al Derecho Penal.

El título enunciado, una vez visto el tema que antecede, se presenta como su prolongación o extensión.

Aún cuando se afirme la total autonomía del Derecho Sancionatorio o bien su dependencia del Derecho Administrativo o de otra rama jurídica, no cabe duda que desde el punto de vista sustantivo, su relación directa es con el Derecho Penal, por cuanto ambos son la manifestación del *ius puniendi* del Estado y persiguen por igual reprimir mediante una consecuencia negativa que recaiga sobre el sujeto infractor de un precepto que se considera por la ley expresa o por los criterios que conforman la conciencia del grupo, como contrario a los intereses del medio en el cual actúa. Múltiples son las distinciones entre el Derecho Penal y el Derecho Sancionatorio, pero el elemento común que hemos señalado entre ambos los coloca en el mismo plano de disciplinas represivas destinadas a determinar la responsabilidad que deriva de una conducta antijurídica, aún

cuando los linderos que existan entre ellas sean simplemente de grado, incluso, en algunas ocasiones de una intensidad tan sutil que resulta difícil precisarlo.

El hecho de que el elemento común esencial esté constituido por la violación de un precepto que acarrea para su infractor la imposición de una sanción es lo que -hace surgir la figura de la tipicidad del Derecho Penal como marco cerrado en el cual se sintetiza un supuesto de hecho antijurídico y una consecuencia destinada a afectar al sujeto a quien se imputa la infracción. Este principio de tipicidad que se conoce como el de la legitimidad del delito y de las penas (*nulla poena sine lege*), es la regla fundamental de la concepción de delito y de la aplicación de la medida sancionatoria respecto de su comitente. El principio de legalidad fija además como consecuencia necesaria, la aplicación de la técnica de la reserva legal, la cual se manifiesta en su forma más absoluta exigiendo que la tipificación del supuesto y la sanción deriven de una norma legal, que ha de ser ley formal, esto es acto que emana de las cámaras legislativas actuando como cuerpos co-legisladores, según el procedimiento previsto en la Constitución. Es decir, que se desecha el concepto de ley sustancial o material, exigiendo el del acto formalizado que se desarrolla en el seno de las cámaras legislativas mediante un proceso estructurado en base a múltiples etapas a saber: la iniciación, la discusión, la sanción, la promulgación y la publicación.

La tipicidad se traduce en el plano del Derecho Administrativo en la aplicación estricta del principio de legalidad; pero sometido en su máxima expresión de sujeción total y completa a la previsión normativa en forma tal que se deducen las siguientes consecuencias:

- a. Sólo es sancionable la conducta predeterminada por una norma;
- b. Sólo constituye sanción la pena contemplada en la norma;
- c. La interpretación de la norma no puede ser amplia sino restringida, es decir limitada a los lineamientos trazados por el legislador;
- d. Los supuestos y las penas contenidas en la norma no admiten aplicación analógica;
- e. La rigidez de los principios aplicados implica la calificación de la materia como de orden público con todas las consecuencias que de ello derivan, tales como: la de que m los interesados m el órgano



que aplica la sanción pueden obviar su adopción o cambiar los elementos que la misma estatuye.

Ahora bien, a todo lo largo del desarrollo del Derecho Sancionatorio surge la duda de si el principio de tipicidad debe necesariamente aplicarse con toda rigidez para la validez de las medidas que mediante el mismo se asuman. La respuesta no ha sido unánime sino que, por el contrario, tanto la jurisprudencia como la doctrina han asumido posiciones variables considerando algunos textos que la tipicidad debe ser absoluta, y otros que hay siempre un margen de indefiniciones de las infracciones que pueden quedar al libre arbitrio del órgano que conoce de la infracción. La posición de los que sostienen la flexibilidad de la aplicación deriva de la constatación de que las faltas administrativas son múltiples, por cuanto atienden a la complejidad de la regulación administrativa, lo cual no impide que pueda hacerse una tipificación de todos los presupuestos posibles siempre y cuando se engloben en una fórmula genérica los elementos fácticos. La tipicidad absoluta, no es posible por otro medio cuando se trata de actuaciones de la Administración ya que las mismas atienden a variaciones derivadas de situaciones cambiantes que, por otra parte pueden ser insólitos, en el sentido de que su originalidad el uso de cualquier analogía. Por ejemplo, las faltas cometidas en la esfera de la Informática varían día a día a medida que esta disciplina evoluciona, impidiendo que se encasillen en un número limitado de supuestos todas las posibilidades de represión que pueden operar en este campo. La exigencia de una tipicidad estricta podría llevar a la formulación de tipos al infinito, permitiendo siempre la posibilidad de imprevisiones ante las nuevas tecnologías, así como de las renovadas circunstancias que constantemente se plantean.

Uno de los problemas fundamentales que derivan de la tipicidad es la denominada norma en blanco esto es, la conformada por la facultad que la ley le podría otorgar a la Administración para establecer por sí misma el tipo constitutivo de la infracción y la pena o sanción que deba aplicarse.

Es decir, que la sanción en blanco puede aludir a los siguientes elementos:

- a. A la tipificación del hecho sancionable, es decir a si la Administración puede señalar los supuestos de hecho que configuran ilícitos administrativos;

b. A la determinación de la pena que correspondería con ocasión de la comisión de un ilícito administrativo, previa y legalmente tipificada;

Por lo que atañe a tales supuestos, esto es, a la eventual delegación que la ley haría en la Administración de tipificar el hecho sancionable o de determinar la sanción existen dos posiciones en la doctrina y en la jurisprudencia:

a. La que podríamos llamar con toda propiedad como el cheque en blanco verdadero y propio, constituido por la delegación absoluta que haría el legislador de fijar las conductas irregulares, bien por vía reglamentaria o bien caso por caso.

b. Una segunda posibilidad sería la que denominaremos como tipicidad residual en virtud de la cual el legislador tipifica los ilícitos administrativos en una enumeración casuística, pero deja que otros supuestos (necesariamente análogos a los tipificados) puedan ser considerados como ilícitos administrativos por la Administración.

La primera hipótesis planteada es el de la falta de calificación del hecho constitutivo del ilícito o de la pena, que conformaría una delegación absoluta por parte del legislador sobre la Administración delegada.

En tales casos el legislador puede proceder bien mediante remisión a la potestad reglamentaria de la Administración para permitirle crear por vía general los tipos constitutivos de los ilícitos administrativos o bien, facultarla para sancionar las conductas que genéricamente ha tildado como contrarias a la ley.

Así como hemos desechado "el cheque en blanco" absoluto, así también rechazamos la posición contraria que exige una tipicidad también total y absoluta.

En efecto, hay que partir de la premisa de que, exigir la plenitud legislativa en la esfera administrativa sería hacer regresar al legislador a una normación casuística o de detalles impropio de la generalidad y abstracción que la norma jurídica exige, y, en detrimento de la facultad de apreciación de la oportunidad y conveniencia que corresponden a la Adminis-



tración como ejecutara de la política que el régimen jurídico establece. Significaría así quitarle la posibilidad de ponderación de sus intereses y restringir peligrosamente su discrecionalidad.

En relación con lo antes señalado surge igualmente el problema de que la Administración no puede reprimir todas las infracciones por una imposibilidad material de hacerlo. Es decir, que aun cuando las infracciones se produzcan en forma *vidente* frente a ella, la misma no tendría los medios materiales necesarios, para efectuar tal actividad a la cual debería dedicar improductivamente todos sus recursos. Ahora bien, la Administración, ante la imposibilidad de reprimir todos los casos, como antes se dijo, por cuanto ella es una sola, y los infractores potenciales podrían eventualmente estar constituidos por una mayoría relevante de la comunidad, actúa sólo en muchas oportunidades sólo respecto a los que juzga pueden ser ejemplarizantes. - "Yo no puedo sancionarlos a todos", -sería su consigna- "pero, escojo una situación, un sujeto, un supuesto, que va a servir de ejemplo, y de alerta, para la totalidad de los administrados". Es necesario señalar, que esta conducta puede llevar y ha llevado a la Administración a utilizar la potestad sancionatoria como cobertura para el abuso, la represalia y la arbitrariedad; pero que, independientemente de tales vicios que pueden ser controlados, atiende a una necesidad de la época actual, ante ese fenómeno que hemos de reseñar de inmediato, denominado hipertrofia de la potestad sancionatoria.

Otro problema conectado con el tema que estamos desarrollando es el de la presunta autonomía de la potestad sancionatoria administrativa respecto a la jurisdicción penal.

Las consecuencias que tal posición, serían las siguientes:

- a) El rechazo en sede administrativa de los principios del Derecho Penal y del Enjuiciamiento Criminal, los cuales sólo operan como vías excepcionales (como es el caso de la caducidad y de la prescripción).
- b) Como consecuencia de lo anterior, la irrelevancia de la jurisprudencia penal para la Administración en los casos disciplinarios.
- c) La potestad de aplicar las sanciones administrativas sobre hechos que puedan constituir delitos y faltas penales, con el riesgo de la violación del principio *non bis in idem*.

5. La hipertrofia de la potestad sancionatoria

Se habla de hipertrofia de la potestad sancionatoria para calificar el hecho derivado de las siguientes situaciones:

- a) Por una parte casi todos los organismos administrativos detentan en mayor o menor medida la capacidad de imponer sanciones;
- b) Por lo que atañe al campo de la potestad la misma se afirma en la más variada gama de las competencias sustantivas de la Administración: urbanismo, tributos fiscales, control aduanero, circulación vial, ambiente, etc.

El origen de la hipertrofia de la potestad sancionatoria ha sido vista en la ampliación desmesurada de la actividad pública. Asimismo en los estados liberal y social algunos elementos colaboran a la aplicación de esta potestad, tales como:

- a) El intervencionismo estatal en los más variados campos sociales y económicos.
- b) El aumento de la actividad administrativa del Estado.
- c) La expansión de la legislación excepcional.
- d) El auge del fenómeno despenalizador.
- e) La crisis de la justicia penal.
- f) La exigencia de una mayor inmediación de la Administración ante el infractor (respecto a este último elemento, no puede dejar de señalarse que tal tendencia ha sido objeto de graves críticas, por cuanto lleva a la aplicación de las sanciones por parte de órganos subalternos carentes del necesario discernimiento como es el de los policías y fiscales de servicios).
- g) La sobrecarga o exceso de trabajo de la justicia penal (delitos de mayor y de menor cuantía y el carácter masivo de las infracciones menores cuyo conocimiento haría colapsar a la justicia).
- h) Inadecuación del sistema penal vigente. El legislador al regular nuevas disciplinas vinculadas a los intereses esenciales que asignan a la tutela administrativa, está consciente de que las infracciones contra el mismo por graves que sean, no pueden ser dirimidas en



sede penal por la complejidad de los procedimientos que en la misma operan, al facultar al Presidente de la República en Consejo de Ministros para establecer restricciones o controles a la libre convertibilidad de la moneda en los supuestos que ella contempla genéricamente. Es así como en el Capítulo "De los Delitos Cambiarios", aparecen penalizados con penas corporales una serie de actuaciones que la conciencia social no calificaba como incorrectos y menos aún como delictuales, tales como: 1. La exportación de moneda y otro medio de pago en divisa extranjera (artículo 6); 2. La obtención de divisas en base a una causa falsa; 3. La destinación de divisas lícitamente adquiridas a un fin distinto para el cual fueron concedidas.

Además, debe señalarse respecto a la política sancionadora del Estado, que el mismo tiende a intervenir cada vez menos en los factores económicos del mercado directamente, y cada vez más en el control de la seguridad y de la salubridad. Es así como los controles de precio, aun los propiciados por la política intervencionista más recalcitrante, tienden a volverse resquicios del pasado, ante el avance de los principios liberales que constituyen la base de la libre competencia, sentida como un factor determinante del desarrollo económico. De allí que, al mismo tiempo que ceden los controles sobre los factores que son el presupuesto del proceso productivo, se acentúan los que se realizan sobre la calidad y las condiciones en que el mismo se realiza. Por lo anterior, simultáneamente con la liberación de los precios de productos considerados originariamente como de primera necesidad se acentúa el control de calidad sobre ellos con el consiguiente control de las condiciones de la producción, lo cual implica el de las reglas protectoras de los trabajadores.

III.

LOS CASOS JURISPRUDENCIALES DE MAYOR TRASCENDENCIA

1. Sentencia de la Corte en Pleno de fecha 09 de agosto de 1990, ponencia del magistrado: Roman José Duque Corredor

Francisco Pifano solicitó -de la Corte en Pleno la inconstitucionalidad de los artículos 75 y 85 de la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo;

del artículo 11. 14 de las "Normas de Operación del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo" y del acto administrativo del Ministro de Hacienda que declarara sin lugar el recurso contra una decisión de Superintendencia de Ahorro y Préstamo que le había impuesto una sanción de multa en virtud de presuntas irregularidades cometidos por la Entidad de Ahorro y Préstamo "Casa Propia" con sede en Barquisimeto, Estado Lara.

A. Los Alegatos del Recurrente.

Alegó al efecto el recurrente en el recurso de inconstitucionalidad:

a) Violación por parte de los artículos 75 y 82 de la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo del principio de legalidad contemplado en los artículos 60 y 69 de la Constitución por cuanto "al establecer en contravenciones genéricas al cargo a quienes infrinjan la ley del Sistema sean estas personas físicas o jurídicas cuya tipificación deja a normas de rango subalterno que en este caso (Normas de Operación), no alcanzan siquiera el rango de normas reglamentarias dictada en ejecución de la Ley", Para el recurrente, el Ministro de Hacienda al considerar faltas graves de que trata el artículo 11. 14 de las normas citadas, incurrió en usurpación de funciones legislativas y creó mediante resolución ministerial un tipo de infracciones graves que lleva a la disposición de diversas sanciones, entre ellas la de multas y que en el caso de su representada adquiere mayor gravedad si se atiende a que el numeral en que se basó la aplicación de la sanción es absolutamente indeterminado y deja a la Superintendencia un ilimitado poder sancionador que atenta contra los derechos consagrados en la Constitución e infringe el principio de legalidad;

b) En nuestro sistema jurídico según el recurrente toda disposición sancionatoria supone una conducta infractora de disposición expresa, la cuál es imputable a la persona a quien se pretenda atribuir la responsabilidad;

c) El principio de la legalidad aplicado a la materia *sancionatoria* (*Nullum Delictum, Nulla Poena Sine Lege*) tiene plena aplicación en el Derecho Administrativo y, en las sanciones administrativas es tan rígido que las fórmulas legales que con frecuencia se encuentran en las leyes administrativas son contrarias al mismo;



- d) Los artículos 75 y 82 de la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo, no detalla las infracciones graves que puedan dar origen a la intervención y deja a la discreción de la autoridad administrativa la determinación del supuesto que lleva a aplicar la multa;
- e) La multa al implicar el menoscabo de la propiedad debe surgir de una ley y las autoridades ajenas al legislador carecen de imperio para asegurar conductas infractoras en vías subsidiarias, en caso de que no prosperase la acción dirigida a declarar la ilegalidad del acto administrativo.

B. Alegatos de la Procuraduría General de la República.

Para la Procuraduría General de la República, la inconstitucionalidad sólo procede en caso de violación directa de las normas constitucionales y las normas de operación no crean por iniciativa propia sanciones contra los particulares ya que las conductas punibles y las respectivas sanciones han sido previstas por el legislador. El hecho punible y la fijación de las sanciones descansa en la ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo y son desarrolladas mediante actos de rango inferior facultad que se ejerce dentro de los límites establecidos en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. La Procuraduría cita una decisión de la Sala Plena, sin especificarla, indicando sólo que es de "reciente data", en la cual se señalan que las sanciones de carácter administrativo pueden ser establecidas tanto por la ley como por los reglamentos, pero en este segundo caso es indispensable que la propia ley establezca que por vía reglamentaria se determinarán las sanciones. Considera la Procuraduría que este es el camino escogido por el legislador al autorizar o delegar en el Poder Ejecutivo la determinación de las penas y sanciones a la infracción de los actos administrativos. En tal supuesto se cumple el precepto constitucional, pues el particular conoce con antelación cuales son las sanciones aplicables.

Para la Procuraduría, la norma impugnada establece la infracción y su correspondiente sanción, por cuanto, el ordinal 10 del artículo 190 de la Constitución, así como el artículo 26 ordinal I de la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo, le confiere al Ejecutivo la facultad de dictar Reglamentos y Normas de Operación para desarrollar las infracciones y las multas.

Respecto a los vicios del acto administrativo denunciados por la recurrente, rechaza la Procuraduría General de la República el alegato de indefensión, por cuanto en su criterio la Superintendencia de Bancos le comunicó los hechos que originaron la apertura del procedimiento, y prueba de ello es que éste expresó sus razones, consignó sus pruebas y ejerció los recursos administrativos que consagra la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Niega igualmente la Procuraduría General de la República el vicio de inmotivación, por cuanto la resolución contiene una referencia de los hechos que llevaron a la imposición de la multa, así como de los fundamentos de derecho en que se apoyó el Ministro de Hacienda.

Por lo que respecta al falso supuesto alegado por el recurrente en el sentido de que la Administración tergiversó los hechos y los calificó en forma distorsionada, consideró la Procuraduría General de la República que las irregularidades que afectan la apreciación y calificación de los presupuestos de hecho dan lugar al abuso o exceso de poder, el cual no existe si la impugnación se basa en que el funcionario interpreta que determinados hechos materiales se corresponden con determinadas normas y les aplica las consecuencias que de éstas derivan.

Respecto a la multa que se le impuso al recurrente la justifica rechazando el argumento de que la sanción está prevista para la persona jurídica más que para quienes integran la Directiva, ya que considera que los administradores adquieren responsabilidad solidaria frente a la sociedad, por lo cual, siendo el recurrente miembro de la Junta Directiva de "CASA PROPIA", estaba sujeto a la sanción de multa.

C. Decisión de la Corte.

La Corte pasó a examinar con carácter previo la solicitud de inconstitucionalidad de los artículos 75 y 82 de la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo, por depender de su procedencia o improcedencia la validez o nulidad de las Normas de Operación y, en consecuencia, del acto de efectos particulares que se impugna.

Al respecto estimó la Corte que, la materia relativa a los derechos y garantías constitucionales está sometido a la más objetiva reserva legal, por lo



cual le está vedado a la norma reglamentaria y más aún a los actos de la Administración hacer regulaciones en ese campo.

La Administración no puede intervenir en esta esfera, salvo que exista expresa habilitación legal. Asimismo, carece en consecuencia del poder para condicionar, limitar o intervenir derechos o garantías constitucionales consagrados, aún cuando su actuación esté fundada en el bien común o general. Recordó la Sala que jurisprudencialmente se ha establecido que el recurso de inconstitucionalidad sólo procede cuando se denuncia la violación directa de una norma constitucional y que así mismo el artículo 117 de la Constitución no puede denunciarse como infringido aisladamente, ya que este artículo no define las atribuciones del Poder público, por lo cual es necesario que el recurso establezca las atribuciones del órgano respectivo que han sido violadas por el acto impugnado. Consideró la Sala que en el caso de autos la pretensión de inconstitucionalidad aparece fundamentada en la violación directa de las previsiones contenidas en los artículos 60, numeral 2, y 69 de la Constitución, por lo cual debería bastar la confrontación entre las previsiones dadas en tales normas y las disposiciones legales y reglamentarias que se impugnan.

Distingue el fallo de la Corte entre el concepto lato de normas penales, que son las que establecen sanciones por la infracción de normas de ética a las que se sujeta la conducta social de un determinado conglomerado humano, y que recoge el Código Penal al tipificar los delitos y las penas y, las normas contempladas en leyes especiales que consagran sanciones destinadas a garantizar la eficiencia de la actividad administrativa a las cuales se denomina sanciones administrativas. Las sanciones o penas administrativas, para la Corte, deben ajustarse al principio de la legalidad de las infracciones y de las penas, es decir, a lo dispuesto en el artículo 60, numeral 2 de la Constitución. Señala así que: "En efecto, conforme a dicho principio, no se admite en nuestro régimen jurídico, -en el cual se requiere la preexistencia del tipo delictivo (artículo 60 numeral 2 de la Constitución)- para que proceda la aplicación de la sanción o pena, que el legislador en olvido de las garantías constitucionales y de la obligada sujeción de la norma legal a la constitucional, jerárquicamente superior, deje mediante una formulación genérica, a discreción de la autoridad administrativa la determinación de la correspondiente figura delictual, puesto que ello envuelve, sin duda, el quebrantamiento del rígido principio de

legalidad que en la materia consagran las normas constitucionales citadas".

Dice la Corte que fundada en la distinción entre sanción penal y sanción administrativa, las leyes administrativas venezolanas, no deben trasladar confusamente, conceptos del Derecho Penal sin sujetarse a los límites estrictos que a la tipificación de delitos y penas impone la norma fundamental y señala la Corte que: "No deben, pues confundir las leyes administrativas, la transgresión objetiva que significa el incumplimiento por el administrado de determinados deberes que le imponen las leyes, con la responsabilidad que surge de la conducta dolosa o culposa, elemento esencial de la elaboración de los principios jurídico-penales".

Señala la Corte que el ilícito penal se concreta en definiciones legales precisas, mientras que el delito administrativo entendido en sentido lato, envuelve el incumplimiento o transgresión de un deber frente a la Administración.

La Corte intercala un párrafo en de gran trascendencia, el cual dice lo siguiente:

"Por ello carecerían de fundamento constitucional las leyes administrativas que dediquen un Capítulo de su normativa a regular las disposiciones penales o las sanciones o penas, sin que se refieran, precisamente, a conductas dolosas o culposas (que califican el carácter penal de la infracción), sino al incumplimiento en general de deberes jurídicos del administrado frente a la Administración.

" Estima la Corte que lo previsto es lo que sucediera con el Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo que consagra un Título específico (el VII de las Disposiciones Penales) entre las cuales se encuentra la previsión del artículo 82 que textualmente dice:

"Toda infracción de la presente Ley no sancionada por ésta o por otras leyes, de su Reglamento o de las Normas de Operación, será castigada administrativamente con multa de quinientos bolívares (Bs. 500, 00), a treinta mil bolívares (Bs. 30.000,00), según la clase y gravedad de la infracción. Las multas podrán ser impuestas a juicio de la Superintendencia, a las entidades o a los funcionarios responsables de la infracción"

Para la Corte la norma citada: "al establecer la sanción de multa por infracción de las normas de la propia Ley del Reglamento o de las Normas



de Operación, debió, en acatamiento del principio de legalidad desarrollado por los artículos 60, numeral 2y 69 de la Constitución, determinar concordantemente, el hecho infractor que da lugar a la aplicación de la multa en desarrollo del principio "*nullum delictum, nulla poena sine lege*".

Indica la Corte que el criterio que expusiera ha sido acogido precedentemente y cita al respecto una sentencia de la Sala Político-Administrativa del 24 de enero de 1988 (que lamentablemente se refiere "a la materia relativa a la libertad personal" que estima resultaba análogo al objeto del recurso.

Cita igualmente la Corte sentencias de la Sala Político-Administrativa del 17 de noviembre de 1986 y del 20 de octubre de 1986, relativas a la limitación de la potestad reglamentaria, por todo lo anterior consideró inconstitucionales las normas contenidas en los artículos 75 y 82 de la Ley Nacional del Sistema de Ahorro y Préstamo así como de las Normas de Operación.

2. Sentencias del 23 de febrero de 1996, de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en acción popular de inconstitucionalidad ejercida por el ciudadano Miguel Antonio Caro Chapetón, conjuntamente con recurso contencioso-administrativo de anulación, contra los artículos 10, numeral 17 y 143 de la Ley de Mercado de Capitales, así como contra el artículo 22 de las normas relativas a la autorización de los corredores públicos de títulos valores y al resto de los mismos y, finalmente recurso contencioso-administrativo de nulidad por ilegalidad e inconstitucionalidad contra la Resolución del Ministerio de Hacienda N° 1034, confirmatoria de resoluciones dictadas por la Comisión Nacional de Valores, con ponencia de la Magistrada Hildegard Rondón de Sansó.

A. Supuesto de Hecho:

a. El presidente de la Comisión Nacional de Valores ordenó la apertura de una averiguación administrativa contra el actor y otros corredores públicos de títulos valores, imputándoles el incumplimiento de una serie de normas relativas al régimen del mercado de capitales;

b. La Comisión Nacional de Valores concluyó el procedimiento con una Resolución en la cual acordó sancionar al actor con tres multas, y con la suspensión de la autorización para actuar como corredor de títulos valores por un año;

c. En el recurso interpuesto ante la Sala Plena y objeto de la sentencia que se comenta, se denunció la violación del principio de legalidad de los delitos y de las faltas, por parte de los artículos citados en el epígrafe de la Ley de Mercado de Capitales. Estimó el actor que sólo el legislador está autorizado para determinar las infracciones, esto es, sancionar con penas las conductas de los ciudadanos, lo cual le está vedado a la Comisión Nacional de Valores y el hacerlo significó usurpación de funciones. El ordinal 17 del artículo 10 objeto fundamental de su impugnación, es la norma que faculta a la Comisión Nacional de Valores para revocar o suspender la autorización de los corredores públicos y cancelar la inscripción.

B. Decisión de la Corte sobre la impugnación del ordinal 17 del artículo 10 de la Ley de Mercado de Capitales:

Estimó al efecto la Corte lo siguiente:

a. El principio del Derecho Penal de la tipicidad de los delitos y de las penas contemplado en el ordinal 2 del artículo 60 de la Constitución, es aplicable al derecho sancionatorio, y en consecuencia, se destina también a derechos diferentes a los de libertad;

b. La interpretación precedente, no puede ampararse al extremo de impedir que el legislador le acuerde al órgano administrativo la potestad de determinar la gravedad de la sanción en cada caso específico. En efecto, no existe en la Ley ninguna determinación de cuándo procede la suspensión, sino que, se faculta al organismo para calificar la medida aplicable cuando se está ante un caso "de grave violación". En consecuencia, señala la Corte, el problema es establecer si la facultad discrecional, consistente en determinar lo que se entiende por "grave violación" es lesiva del principio de legalidad o no.

c. Recuerda la Corte que, para los recurrentes la suspensión sólo podría operar en los casos en los cuales existiese una norma en la



ley que expresamente señalara los supuestos de la infracción; pero, ella recuerda que la función de control expresamente atribuida a la Comisión Nacional de Valores recae sobre los diferentes agentes del sistema, entre los cuales están los corredores públicos. Esta función de control significa el ejercicio de la potestad sancionatoria, y con ello, la de revocar, suspender o cancelar la inscripción de los corredores, y medir por sí mismo la sanción que ha de ser aplicada.

Por todo lo anterior, la Corte hizo el siguiente razonamiento:

- a. Para que prospere una denuncia de inconstitucionalidad es necesario que la norma legal impugnada viole la norma o principio constitucional transgrediendo su texto expreso o alterando su espíritu, propósito o razón. En el caso presente, la Ley de Mercado de Capitales establece deberes y cargas a los que operan en el mercado de capitales en forma expresa;
- b. La materia relativa al mercado de capitales está vinculada con el orden público, por cuanto significa la tutela de la seguridad jurídica en su esfera, por lo cual los criterios que se utilicen para determinar los mecanismos de actuación han de guiarse por tal postulado;
- c. La Comisión Nacional de Valores tiene la facultad expresa de suspender, revocar o cancelar los registros de los sujetos que operan en el mercado de capitales;
- d. La facultad discrecional acordada a la Comisión Nacional de Valores de medir la gravedad de la falta a los fines de la aplicación de la sanción es limitada, por cuanto versa exclusivamente sobre los casos de expresa violación de las normas que rigen la actuación de los corredores públicos, en el campo de Mercado de Capitales; y,
- e. El mal uso de la discrecionalidad, esto es, la violación de los criterios de proporcionalidad y racionalidad a los cuales alude el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos podrá dar lugar a los recursos contencioso-administrativos de nulidad.

De la exposición que antecede, la Corte concluye que no existe el vicio de inconstitucionalidad denunciado.

C. Impugnación de inconstitucionalidad del artículo 143 de la Ley de Mercado de Capitales.

El artículo 143 deja a la Comisión Nacional de Valores aplicar la sanción de multa que va de 1.000 a 40.000 bolívares "según la clase y gravedad de la falta". La Corte estima que se trata de una sanción "residual" en el sentido de que no está sancionada expresamente. La discrecionalidad estriba en la determinación de la gravedad de la falta que, para la Corte, es una atribución propia de todo organismo administrativo, por cuanto es la que le permite hacer pronunciamiento, caso por caso, sobre las bases de los elementos de hecho de los cuales disponga, y que se encuentra sometido a los criterios de proporcionalidad y discrecionalidad que constituyen un principio de la actividad administrativa. Por tal razón, desechó la denuncia de inconstitucionalidad.

D. Impugnación del artículo 22 de las Normas relativas a la Autorización de los Corredores Públicos de Títulos Valores y al registro de los mismos.

Esta norma desarrolla lo dispuesto en el ordinal 17 del artículo 10 de la Ley de Mercado de Capitales, en razón de lo cual, la Corte estimó que rechazado el recurso de inconstitucionalidad contra la norma en la cual se inspiraba, igual destino le correspondía a la norma de ejecución.

La sentencia se pronuncia finalmente sobre el recurso contencioso-administrativo de nulidad, dentro de cuyas impugnaciones está la de la violación de los artículos 9 y 18, numeral 5 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por falta de correspondencia entre las violaciones legales y los hechos incriminados. Apreció allí la Corte que ninguna de las normas que se señalan infringidas sancionan los hechos que se le imputan. Asimismo, ante la impugnación de que fueron violados los límites de la discrecionalidad administrativa en la aplicación de la sanción, ya que le fue aplicada la máxima sanción sin que fuesen analizadas las circunstancias atenuantes, la Corte estimó que, aplicar la máxima sanción sin una motivación expresa significa una violación de la discrecionalidad administrativa.

3. Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en ponencia de Reinaldo Chalbaut Zerpa, de fecha 13 de agosto de 1996, relativa al recurso de nulidad ejercido conjuntamente con acción de amparo constitucional, interpuesto por Lares Martínez



y otros, contra la última parte del ordinal 15 del artículo 133 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

La Corte se pronunció sobre la acción de amparo, ejercida conjuntamente con el recurso de inconstitucionalidad contra la última parte del ordinal 15 del artículo 133 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

1. Presupuesto de la acción intentada.

a. El numeral 15 del artículo 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, establece:

Artículo 113.- "Son hechos generadores de responsabilidad administrativa, independientemente de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar, además de lo previsto en el Título IV de la 5ª Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, los que se mencionan a continuación:

(omissis)... 15) El incumplimiento de las finalidades previstas en las leyes o en la normativa de que se trate".

b. Los solicitantes del amparo son integrantes o miembros del Directorio del Banco Central de Venezuela, en el desempeño de cuyos cargos acordaron auxilios financieros a los bancos que se encontraban afectados por la llamada emergencia financiera, acaecida a raíz del desmoronamiento del Banco Latino, C.A., S.A.C.A.

c. La Coordinadora de la Comisión Especial de Control de las Operaciones de Garantía de Depósito y Auxilio Financiero de la Contraloría General de la República, dictó el auto de apertura de una averiguación administrativa, destinada a verificar si en las operaciones de auxilio financiero se había incurrido en responsabilidad administrativa, imputándoles lo previsto en el numeral 15 del artículo 133 arriba transcrito, y les formuló los cargos por la comisión del ilícito administrativo previsto en dicha norma.

d. Los accionantes solicitaron fuese declarada la nulidad de la norma y al mismo tiempo, se acordase amparo constitucional, por existir amenaza inminente de que les fuese aplicada la sanción constitutiva de una violación de la garantía de legalidad de las infracciones y penas contempladas en el artículo 60, numeral 2 y 69 de la Constitución.

2. Decisión de la Corte:

La Corte acordó el amparo solicitado, suspendiendo en relación con los actores (implicación) la eficacia de la norma, por considerar que al haber formulado cargos, la Contraloría General de la República manifiesta la intención de utilizar el supuesto normativo, cuya nulidad ha sido demandada por inconstitucional y que, de declararse con lugar causaría a los recurrentes un daño irreparable o de difícil reparación. En efecto, según el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, el ejercicio de los eventuales recursos contra los actos de la Contraloría General de la República no impide su ejecución. En consecuencia, procede el amparo.

3. Observaciones:

Nótese que los actores habían alegado como motivos de inconstitucionalidad de la norma que la misma era una disposición sancionatoria totalmente genérica y violatoria, en consecuencia, del principio de tipicidad que rige para las sanciones administrativas en general.

IV.

SENTENCIA DEL 14 DE FEBRERO DE 1996, DICTADA POR LA SALA POLITICO-ADMINISTRATIVA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, EN EL RECURSO DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADO POR LA SOCIEDAD ADRIATICA DE SEGUROS, C.A., CONTRA EL ARTICULO 143 DE LA LEY DE MERCADO DE CAPITALES, Y LA NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD E ILEGALIDAD DE LA RESOLUCION N° 848 DEL MINISTRO DE HACIENDA DEL 30 DE JULIO DE 1991, CONFIRMATORIA DE LA RESOLUCION N° 033-I DEL 29 DE ENERO DE 1991, DICTADA POR LA COMISION NACIONAL DE VALORES, EN PONENCIA DE LA MAGISTRADA HILDEGARD RONDON DE SANSO

La sentencia enunciada en el epígrafe declaró que la situación fáctica que diera lugar a la sanción, no se genera en la norma en la cual tal sanción se fundamentaba. Por lo que atañe a la inaplicación que fuera solicitada por el recurrente del artículo 143 de la Ley de Mercado de Capitales, por estimar la violación del principio de tipicidad de los delitos y las penas, y



de la reserva legal, la Sala Politico-Administrativa se fundamentó en la sentencia de la Sala Plena de fecha 23 de febrero de 1995, caso: Miguel Antonio Caro Chapetón, recogiendo de la misma los siguientes postulados:

a. El enunciado del ordinal 2° del artículo 60 de la Constitución, es consagratorio del "principio de tipicidad de los delitos y de las penas". Al efecto, este artículo establece que: "nadie podrá ser privado de su libertad por obligaciones cuyo cumplimiento no haya sido definido por la ley como delito o falta". Interpretó la sentencia de la Corte en Pleno, que la legalidad de la acción exigida por la norma, no sólo se refiere a las sanciones a la libertad, sino a cualquiera que recaiga a título de pena sobre un sujeto del ordenamiento jurídico. De allí que, para la Corte en Pleno el principio de tipicidad de los delitos y las penas, a falta de otro postulado más genérico, se inscribe dentro de los principios absolutos de tutela de los derechos humanos "*nullum crimen nula poena sine lege*" lo cual significa que ningún órgano público, salvo el legislador, puede crear un nuevo tipo delictual, y aplicar una pena no prevista. Ahora bien, señaló la Corte en Pleno, que si bien la norma del ordinal 2 del artículo 60 de la Constitución se extiende a otras garantías diferentes a la interdicción de privación de la libertad, que es el indicado en la misma, sin embargo, tal extensión no puede ampliarse al extremo de impedir que el legislador le acuerde al órgano ejecutor, la potestad de determinar la gravedad de la sanción al caso específico.

Al efecto señaló el fallo, que la norma del artículo 143 de la Ley de Mercado de Capitales, estableció que "Toda infracción a la presente Ley, a su reglamento o a las normas dictadas por la Comisión Nacional de Valores, no sancionada expresamente, será castigada con multa de un mil bolívares (Bs. 1.000,00) a cuarenta mil bolívares (Bs. 40.000,00), según la clase y gravedad de la falta, a juicio de la Comisión Nacional de Valores". Se trata de una sanción residual, según la Corte, en el sentido de que no está prevista expresamente aún cuando nazca de la violación de un precepto legal.

La norma de la Ley de Mercado de Capitales acuerda a la Comisión Nacional de Valores la facultad discrecional de determinar las sanciones, de

conformidad con la gravedad de la falta, atribución que es propia de todo órgano administrativo, porque es ella la que le permite hacer pronunciamiento caso por caso, sobre la base de los elementos de hecho de los cuales disponga, y que se encuentran sometidos a los criterios de proporcionalidad y discrecionalidad que constituyen un principio de la actividad administrativa.

Estimó la Corte en Pleno respecto a la impugnación de la inconstitucionalidad de la norma de la Ley de Mercado de Capitales:

1° Para que prospere una denuncia de inconstitucionalidad es necesario que la norma legal impugnada viole la norma o principio constitucional transgrediendo su texto expreso o alterando su espíritu, propósito o razón. En el caso presente, la Ley de Mercado de Capitales establece deberes y cargas a los que operen en el mercado de capitales en forma expresa;

2° La materia relativa al mercado de capitales está vinculada con el orden público, por cuanto significa la tutela de la seguridad jurídica en su esfera, por lo cual los criterios que se utilicen para determinar los mecanismos de actuación han de guiarse por tal postulado;

3° La Comisión Nacional de Valores tiene la facultad expresa de suspender, revocar o cancelar los registros de los sujetos que operan en el mercado de capitales;

4° La facultad discrecional acordada a la Comisión Nacional de Valores de medir la gravedad de la falta a los fines de la aplicación de la sanción es limitada, por cuanto versa exclusivamente sobre los casos de expresa violación de las normas que rigen la actuación de los corredores públicos, en el campo de mercado de capitales; y,

5° El mal uso de la discrecionalidad, esto es, la violación de los criterios de proporcionalidad y racionalidad a los cuales alude el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos podrá dar lugar a los recursos contencioso-administrativos de nulidad".

Por lo anterior, se declaró improcedente la solicitud de inaplicación de la norma consagratoria de la sanción residual de la Ley de Mercado de Capitales.



V.

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE LA CORTE PRIMERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DE FECHA 22 DE AGOSTO DE 1996, RELATIVA A LA ACCION DE AMPARO CONSTITUCIONAL EJERCIDA POR LEOPOLDO LARES MONSERRALT Y OTROS, EX-MIEMBRO DE LA JUNTA DE EMERGENCIA FINANCIERA Y EX-PRESIDENTE DEL FONDO DE GARANTIAS DE DEPOSITOS Y PROTECCION BANCARIA (FOGADE), CONTRA LAS ACTAS DE FORMULACION DE CARGOS, LEVANTADAS POR LA DIRECCION DE AVERIGUACIONES ADMINISTRATIVAS DE LA DIRECCION GENERAL DE CONTROL DE LA ADMINISTRACION CENTRAL Y DESCENTRALIZADA DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Los solicitantes del amparo, pidieron medida cautelar innominado a fin de que la Dirección de Averiguaciones Administrativas de la Dirección General de Control de la Administración Central y Descentralizada de la Contraloría General de la República se abstuviese de aplicarles sanción administrativa, fundada en las actuaciones contenidas en los expedientes que fueron iniciados en su contra. A esta acción se adhirieron otros solicitantes de amparo, por encontrarse en situaciones análogas a la de los actores originales.

I. Supuesto de Hecho:

- a. Los solicitantes del amparo eran miembros de la Junta de Emergencia Financiera y otros Directivos del Fondo de Garantía de Depósito y Protección Bancaria (FOGADE).
- b. La titularidad de los cargos la tuvieron en momentos en que el país se debatía en una grave crisis financiera.

La Dirección General de Control de la Administración Central y Descentralizada de la Contraloría General de la República, abrió una averiguación formulando los cargos de responsabilidad administrativa, y a algunos de los solicitantes del amparo les fue dictado auto de responsabilidad administrativa por haber retrasado la medida de intervención respecto al Banco Progreso prevista por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

Los solicitantes del amparo, señalan la específica naturaleza de la Junta de Emergencia Financiera, a la cual le corresponde entre otras funciones, determinar cuáles eran las medidas necesarias para solventar la emergencia financiera y, asimismo que el órgano de la Contraloría General de la República no puede entrar a conocer y discernir sobre el mérito de las decisiones asumidas por ellos. Se fundamentan los recurrentes en el hecho de que la Junta de Emergencia Financiera, una vez creada, y en virtud de las potestades que poseía, estimó que era necesario evitar nuevas intervenciones a puerta cerrada, y que debían tomarse las medidas necesarias para que los bancos y demás instituciones financieras pudieran superarlo, sin llegar a las medidas extremas de la intervención o de la estatización.

Para los solicitantes del amparo y de la nulidad, el organismo de la Contraloría General de la República que dictó las medidas contra las cuales accionan, no sólo ha incurrido en el vicio de usurpación de funciones, sino que ha violado sus derechos fundamentales a la defensa y presunción de inocencia, consagrados en el artículo 68 de la Constitución y 11 y 8, numeral 2 de la Convención de Derechos Humanos y de la Convención Americana de los Derechos Humanos, respectivamente. Entre otras cosas indican que, del auto de responsabilidad administrativa tuvieron conocimiento por información periodística y que, las pautas procedimentales para que el mismo fuese dictado en resguardo del derecho a la defensa no fueron cumplidas. Indican igualmente que, aun cuando el derecho de la presunción de inocencia no está consagrado expresamente en el texto constitucional, sin embargo, sí lo está en el artículo 8, numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo cual, en base al artículo 50 de la Constitución que establece que "La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de la ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos", el mismo es aplicable. La Corte Suprema de Justicia en sentencia 4 de diciembre de 1990, caso: Mariela Morales de Jiménez contra el Ministerio de Justicia, reconoció que los derechos inherentes a la persona humana se constitucionalizan de conformidad con el artículo 50 del texto fundamental.

Indican los solicitantes del amparo que la falta de objetividad e imparcialidad de la Contraloría General de la República, se constata de la lectura



del Informe Anual correspondiente al año 95 presentado al Congreso de la República, en el cual se señala que había quedado demostrado en las investigaciones administrativas que dicho organismo emprendiera "la negligente e ilegal conducta de los funcionarios que desde sus cargos directivos en instancias públicas como la Junta de Emergencia Financiera, debían estar atentos y vigilantes al funcionamiento de esas instituciones..."

La Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, en la sentencia en la cual declarara con lugar la acción de amparo incoada, y en consecuencia, dejara sin efectos las Aetas de Formulación de Cargos levantadas por la Dirección de Averiguaciones Administrativas de la Dirección General de Control de la Administración Central y Descentralizada de la Contraloría General de la República, estimó lo siguiente:

- a. Que la presunción de inocencia en los procedimientos administrativos tiene rango constitucional;
- b. Que la presunción de inocencia es específicamente aplicable al procedimiento de las sanciones administrativas, y que la postura contraria es un arcaísmo que ataca el principio *in dubio pro reo*;
- c. Que tanto en el acto de formulación de cargos como en el propio informe de la Contraloría presentada ante la Corte, los representantes del organismo contralor tratan a los actores de "indiciarios y culpables", estimando que su conducta se subsume en el supuesto de la norma sancionatoria, objeto del procedimiento.

Esta violación del derecho a la presunción de inocencia la constata la Corte Primera, tanto en el informe de la Contraloría al Congreso, como en las declaraciones de prensa.

VI. CONCLUSIONES

1. Premisa General:

La potestad sancionatoria plantea una serie de temas que son constantes en todos los sistemas de derecho público, a cada uno de los cuales la ponencia de Luciano Parejo Alfonso le da una respuesta. En el mismo sentido hemos querido determinar en el sistema venezolano cuál es la situa-

ción que el mismo plantea frente a cada uno de los puntos fundamentales. Este planteamiento tiene su máxima expresión en la posición que la jurisprudencia, específicamente, la del organismo que funge de Corte Constitucional en nuestro régimen de justicia concentrada (Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia), y los más importantes tribunales contencioso-administrativos (Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo), han venido desarrollando.

A. Las materias que forman la temática fundamental del Derecho Sancionatorio son las siguientes:

- a. La determinación de si existe la autonomía del Derecho Disciplinario frente a otros ordenamientos;
- b. La necesidad o no de la existencia de una normativa general sobre las infracciones administrativas para impedir la dispersión de su régimen y lograr su unificación;
- c. El grado de sumisión del Derecho Disciplinario al principio de tipicidad de las infracciones y sanciones y la conveniencia o inconveniencia de hacerlo equivalente a su aplicación en el Derecho Penal;
- d. La hipertrofia de la potestad sancionatoria de la Administración.
- e. La despenalización progresiva de las conductas irregulares en el ámbito administrativo, así como la lamentable corriente que en algunos sistemas impera en sentido contrario.

B. El Derecho Sancionatorio es la rama del Derecho Administrativo que estudia el ejercicio del *ius puniendi*, ejercido por la Administración, ya que esta potestad punitiva del Estado se manifiesta en la represión de los delitos y de las penas que corresponde en el ámbito sustantivo al Derecho Penal y en el ámbito adjetivo al Enjuiciamiento Criminal y, en la infracción administrativa cuya aplicación corresponde a los órganos de la Administración, y en consecuencia, está sometida en su parte tanto sustantivo como procedimental al Derecho Administrativo, conformando una especialidad dentro del mismo denominado Derecho Sancionatorio o Derecho Represivo.



C. La ubicación del Derecho Sancionatorio en la esfera del Derecho Administrativo, no impide que el mismo se nutra de los principios fundamentales que rigen el régimen de los delitos y las penas del Derecho Penal; pero debidamente adaptados a la especial naturaleza de la actividad administrativa.

D. En el Derecho Venezolano no existe un dispositivo general que establezca el régimen de las sanciones administrativas, y tampoco presenta la Constitución norma alguna que en forma expresa se refiera a la potestad sancionatoria, como es el caso del artículo 25.1 y 25.3 de la Constitución Española; pero la jurisprudencia ha admitido una serie de postulados fundamentales que podemos enunciar así:

a. Los enunciados del Capítulo III (Derechos Individuales) del Título III (De los Derechos, Deberes y Garantías) de la Constitución que aluden a la tutela del ciudadano frente a la potestad punitiva criminal; señalando los límites y modalidades de su ejercicio, son extensibles al campo de las sanciones administrativas, reconocido como ha sido que existe un sólo ius puniendi del Estado que, como dijimos, se desdobra en la potestad de represión de los delitos y las faltas y en la potestad sancionatoria en sede administrativa.

La aplicación inmediata del principio antes enunciado, implica el reconocimiento en el Derecho Sancionatorio del principio de legalidad establecido en el artículo 69 de la Constitución, así como de aquéllos que aluden a la prestación del juramento; a la prohibición de la sanción denigratoria e infamante; a la protección al derecho a la defensa; y al acatamiento de la regla del *non bis in idem*.

b. En base a lo dispuesto en el artículo 50 de la Constitución que establece que: "La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de la ley 66 reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos", se consideran incorporados al sistema garantístico venezolano los principios consagrados en los tratados internacionales, suscritos por la República, tales como el relativo a la presunción de inocencia en materia represiva en general, y en especial, en materia sancionatoria.

E. Por lo que atañe al principio de tipicidad de las infracciones y sanciones, a través de la jurisprudencia se acoge el principio de la reserva legal, aun cuando no en su forma más absoluta, ya que se permite la delegación en la potestad reglamentaria del desarrollo de los tipos sancionatorios que el legislador prevé. En el mismo sentido, se admite la norma sancionatoria residual, siempre y cuando esté constituida por la limitada discrecionalidad del organismo administrativo de medir la gravedad de la falta, a los fines de la aplicación de la sanción.

F. Por lo que atañe a la "norma en blanco", esto es, la que otorga total discrecionalidad al órgano administrativo para determinar el tipo delictual y la sanción a su antojo, el sistema rechaza su aplicación. Asimismo, rechaza la posibilidad de que el órgano sancionador que carezca de control de mérito sobre la actuación sancionada, pueda establecer penas contra quien aplique los criterios que han quedado librados a su oportunidad y conveniencia.

G. La largueza con la cual el sistema sancionatorio recibe en su esfera al principio de tipicidad, obedece a la evidencia de la multiplicación incontrolable de las tareas administrativas, y con ello, de las actividades de los particulares, sujetas a control sancionatorio.

H. El sistema venezolano ha seguido la orientación de todos los países civilizados, en el sentido de despenalizar una serie de conductas, para convertirlas en sanciones administrativas ante la hipertrofia de la actividad sancionatoria, y la imposibilidad material de ejecutar la penalización.

I. A pesar de lo señalado en el punto anterior, no puede dejar de mencionarse; la tendencia retrógrada de penalizar algunas materias que permanecían ajenas al ámbito de la legislación criminal. Como ejemplos podemos señalar los casos de la Ley Penal del Ambiente; de la Ley de Régimen Cambiario; de la Ley de Protección a la libre Competencia; de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario; y de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público y del proyecto de reforma del Código Orgánico Tributario. El legislador ha considerado que, convertir faltas en delitos, e infracciones administrativas en tipos delictuales, beneficiaría el



ámbito de las materias protegidas; pero, la realidad ha demostrado que tales penalizaciones hacen, simplemente, una sociedad más reprimida sin cumplir los fines para los cuales se estableció el nuevo sistema criminal. En relación a este punto, no puede menos que citar la frase de uno de los grandes pensadores del Derecho Penal y la Criminología, C. Beccaria, quien decía: "Es mejor prevenir los delitos que punirlos. Prohibir una litudud de acciones indiferentes no es prevenir los delitos que de ella puedan nacer, sino crear otros nuevos: es definir caprichosamente la virtud y el vicio, que nos han sido predicados como eternos e inmutables. Por cada motivo que impulsa a los hombres a cometer un verdadero delito, hay mil que los impulsa a cometer aquellas acciones indiferentes que son definidas como delitos por las males legislaciones. . . ¿Queréis prevenir los delitos? Haced que las leyes sean claras, sencillas y que toda la fuerza de la nación esté concentrada en su defensa y ninguna parte de aquella sea empleada para destruirla" ⁸.

J. La política sancionadora del Estado, tiende a debilitarse en relación con el control directo de los factores económicos del mercado, y por el contrario, a acentuar el relativo a la seguridad y a la salubridad.

K. La jurisprudencia específicamente referida al ámbito de la potestad sancionatoria, nos revela que la acción de amparo constitucional ha sido el medio más eficiente para obtener una tutela eficiente y rápida, tanto en su modalidad de amparo conjunto, que se destina, de acuerdo con el legislador, a otorgar una protección cautelar que es fundamentalmente suspensiva del acto, como en la modalidad del amparo autónomo, con el cual se restablece la situación jurídica que ha sido afectada.

L. La gravedad que la sanción implica en cualquiera de los elementos que lesiona: la capacidad económica; el ámbito profesional; la estabilidad; el honor y la reputación y el buen criterio que de un sujeto se tenga de un sujeto en la sociedad, obligan a propiciar que la materia sancionatoria sea sometida a un control jurisdiccional, análogo al del amparo constitucional, esto es, breve y sumario.

8. BECCARIA, Carlos. *De los Delitos y las Penas*. Aguilar, Madrid. 1969, Capítulo XII, página 180.

**VII.
BIBLIOGRAFIA**

ALESSI, R. "Responsabilità Amministrativa", en *"Novissimo Digesto Italiano"*, XV, Turin, 1985.

BECCARIA, Carlos. *"De los Delitos y las Penas"*. Aguilar, Madrid. 1969, Capitulo XLI, página 180.

CARNELUTTI, F. *"Teoría General del Delito"*. Traducción Conde, Madrid. 1941.

GARBERI Llobregat, José. *"La Aplicación de los Derechos y Garantías Constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador"*. Edit. Trivium, S.A., 1980, Madrid.

NIETO, Alejandro. *"Derecho Administrativo Sancionador"*; Tecnos, S.A., 1994, Madrid.

PARADA Vázquez, J. R. *"El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal"*. número 67/1972

SANDULLI, M.A. *"Le sanzioni amministrativa pecuniarie. Principi sostanziali e procedimentali"*. Nápoles. 1983.

ZANOBINI, G. *"Rapporti fra il Diritto Amministrativo e il Diritto Penale"*, Milán 1955 y *"Corso di diritto Amministrativo"*, Milán. 1952.

**LA NATURALEZA DE LA POTESTAD
ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA**



LA NATURALEZA DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA

**Por Cecilia Sosa Gómez
Presidente de la Corte Suprema de Justicia**

PRELIMINAR

Hacia una configuración moderna del Derecho Administrativo Sancionador.

PREMISAS PARA LA MODERNIZACION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

El título cuya Ponencia he de comentar: “La actividad administrativa represiva y el Régimen de las Sanciones Administrativas”, me lleva a precisar el título de mis comentarios, *la naturaleza de la potestad administrativa sancionatoria*, porque sin lugar a dudas, éste es el eje esencial sobre el cual se orienta este tema.

Estas consideraciones pretenden ordenar algunos de los criterios y argumentos para suprimir el llamado Derecho Penal Administrativo o Derecho Administrativo Sancionador con fundamento en normas de Derecho Penal. Así las cosas, nuestra intención es reforzar la corriente que versa sobre la despenalización del Derecho Administrativo Sancionador y contribuir en la construcción de un *Moderno Derecho Administrativo Sancionador*.

En este contexto, podemos asegurar que la Constitución de la República de Venezuela consagra un bloque normativo base del Poder Sancionador del Estado, en sus diversas manifestaciones, todo ello en consonancia con la doctrina dominante: como es la existencia del *ius puniendi* único del Estado.

De allí, que sean los principios del Estado, en concreto, los del Moderno Estado de Derecho, los que deben inspirar el actuar de la Administración, y por ende, la actividad administrativa sancionatoria. Por el contrario, se ha pretendido siempre subordinar la actividad administrativa sancionatoria a los principios del Derecho Penal, olvidando que tanto la potestad penal de los Tribunales como la potestad sancionatoria de la Administración se rigen por los principios constitucionales, que se corresponden con el movimiento jurídico político denominado *Constitucionalismo*, el cual a su vez, sustituye el Antiguo Régimen por el Estado democrático moderno.

Es en la primera Constitución venezolana, sancionada en 1811, la tercera Constitución Moderna (junto a la norteamericana y a la francesa), inspirada en estos principios que han de regir el nuevo modelo de Estado, entre ellos son aplicables, al caso que nos ocupa, el principio de separación de poderes, máxima indispensable para el adecuado ejercicio del Poder del Estado. Poder éste que se concibe en abstracto-carente de organicidad- de donde dimanan las diversas potestades que han de ser ejercidas por sus órganos. Y el principio de legalidad, indiscutiblemente, sustento del Estado de Derecho.

Por tanto, el complejo orgánico que constituye la Administración, para el eficiente cumplimiento de sus fines está dotado de potestades y entre ellas contamos con la potestad sancionatoria. Estas potestades son denominadas por algunas tratadistas: *potestades públicas menores*, como una proyección de la *potestad de imperio*, única y exclusiva del Estado. Las potestades públicas deben estar previstas y reguladas en el ordenamiento jurídico y limitadas fundamentalmente por el principio de legalidad y, consecuentemente por ello, son *inalienables, intrasmisibles e irrenunciables*.¹

El ejercicio de estas potestades en el contexto constitucional viene a limitar el ejercicio de los derechos individuales, a los que el Estado sobrepone un interés público y social. Por ello, el objetivo fundamental de la actividad administrativa represiva, no es la sanción en si misma, sino evitar que el daño se produzca. De allí, que ésta actividad tiene dos fases: una primera fase preventiva; que consiste en evitar el riesgo, y una segunda fase:

¹ HERNÁNDEZ VALLE Rubén, *El Derecho de la Constitución*. San José-Costa Rica, Editorial Juricentro, vol I (1993) p. 92 a 94.



estrictamente represiva que consiste en la imposición de la sanción. Por ello, insistimos, el objetivo y fin fundamental de la actividad represiva, es la de prevenir un daño a los intereses o bienes públicos.

En este contexto, la actividad administrativa represiva sólo puede manifestarse después de haberse adoptado las medidas necesarias para evitar la infracción.

El principio represivo fundamental (o sea, el objetivo real de la potestad sancionadora es no tener que sancionar) se traduce inevitablemente en otro no menos conocido: la sanción es la 'última *ratio*' del Estado, quien sólo debe acudir a ella cuando no se pueda utilizar otros medios más convincentes para lograr que los particulares cumplan las órdenes y las prohibiciones"²

Estos principios que orientan el actuar del Estado, son desarrollados por nuestra Constitución, y se construyen sobre el principio de legalidad (artículo 117 C.) Se dispone que "La Constitución y las Leyes definen las atribuciones del Poder Público, y a ellas debe sujetarse su ejercicio"; por ello, el artículo 46 *eiusdem* establece que, "Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución, es nulo, y los funcionarios y empleados públicos que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las Leyes"; Por su parte el artículo 121 señala que, "El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o por violación de la ley"; mientras el artículo 60 ord. 2 dispone que, "la libertad y seguridad personales son inviolables" "nadie podrá ser privado de su libertad por obligaciones cuyo incumplimiento no haya sido definido por la ley como delito o falta". Este grupo de normas constitucionales, regula los principios de legalidad, reserva legal, tipicidad, proporcionalidad y culpabilidad que dirigen la actividad administrativa sancionatoria.

Es nuestra intención enfatizar que éstos principios son de orden constitucional, aplicables por igual a la actividad represiva de los Tribunales penales, como a la actividad represiva de la Administración, cuestión que favorece nuestro criterio de abandonar la pretendida existencia del Dere-

² NIETO Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid, Tecnos (1994) p. 31-32.

cho Penal Administrativo, según la denominación dada por GOLDSCHMIDT (*Verwaltungsstrafrecht*, 1902), que propugna una potestad punitiva propia de la Administración pero fundamentada en principios propios y característicos del Derecho Penal.

Por el contrario, ALEJANDRO NIETO, con arrojo y franqueza ha señalado:

“Contra viento y marea hay que afirmar que el Derecho Administrativo Sancionador es, como su mismo nombre indica, Derecho Administrativo engarzado directamente en el Derecho público estatal y no un derecho penal vergonzante; de la misma manera que la potestad administrativa sancionadora es una potestad aneja a toda potestad atribuida a la Administración para la gestión de los intereses públicos. No es un azar, desde luego, que hasta el nombre del viejo Derecho Penal Administrativo haya sido sustituido desde hace muchos años por el más propio de Derecho Administrativo Sancionador”³.

En igual sentido hay que resaltar la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa de nuestra Corte Suprema de Justicia, que en el orden de ideas de la doctrina más contemporánea asume que el principio de legalidad aplicable a la actividad administrativa sancionatoria, es de orden constitucional y por ello aplicable a ambas manifestaciones del poder punitivo del Estado, asegurando así su fundamentación en disposiciones constitucionales y negando su sujeción y dependencia al Derecho Penal.

“El principio constitucional de la legalidad en materia sancionatoria (*nullum delictum, nulla poena sine lege*) expresado en el ordinal 2º del artículo 60 de la Constitución Nacional, según el cual ‘nadie podrá ser privado de su libertad por obligaciones cuyo incumplimiento no ya sido definido por la ley como delito o falta’ no se limita exclusivamente, como bien lo advierte la recurrente, al campo penal, ya que su fundamentación y finalidad es la de proteger al ciudadano de posibles arbitrariedades y abusos de poder en la aplicación discrecional de penas y sanciones, sean de tipo penal o administrativo” (S. de la CSJ-SPA. Caso: *Difedemer, C. A. vs. Superintendencia de Protección al Consumidor*, Magistrado Ponente: Josefina Calcaño de Temeltas, de fecha 05-06-1986)

Por último, resulta necesario destacar la postura progresista de la Constitución de España, que sin titubeos y luego de diversas opiniones y criterios encontrados, consagró la tan discutida potestad sancionatoria de la Administración, refiriéndose en forma expresa al principio de legalidad que rige indistintamente ambas manifestaciones represivas del Estado, en el artículo 25 CE.

³ NIETO Alejandro, *Ob Cit.*, p. 23



“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento”.

Y aún cuando no exista una Ley General que regule las Infracciones y Sanciones administrativas, al estilo del modelo alemán o italiano, sin embargo, ya se ha dictado la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30, de 26 de noviembre de 1992) que a su vez ha dado lugar al Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionatoria (Real Decreto, 1398 publicado en BOE núm. 189, de 9 de agosto de 1993).

Así las cosas, aunque la crítica hispana, haya considerado que éstos instrumentos normativos no han solucionado el problema real de fondo, y falte la voluntad legislativa para sancionar una Ley General de Infracciones y Sanciones Administrativas, sin embargo, recogiendo los aportes jurisprudenciales y doctrinarios un criterio firme ha resultado y es el de la confirmación de la existencia del *ius puniendi*, único y exclusivo del Estado, que se bifurca en dos manifestaciones: la penal y la administrativa sancionadora.

PRIMERA PARTE PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO SANCIONADOR

I. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA

Dentro de la concepción moderna del Estado de Derecho, toda la actividad de la Administración se sujeta a sus principios, consecuentemente, la actividad administrativa se sujeta al Derecho, en su concepción más amplia, que incluye los principios generales del Derecho Administrativo - *principes généraux*- Para la doctrina alemana, estos principios generales (*allgemeine Grundsätze*) son reglas de carácter general que han sido concretizadas, formuladas y perfeccionadas por la doctrina y sobre todo por la jurisprudencia. “Il ne s’agit pas simplement de règles de caractère

général, mais souvent d'ensembles de règles qui ont été concrétisées, formulées et perfectionnées par la doctrine et surtout par la jurisprudence"⁴

De allí, que la actividad administrativa sancionatoria también está sujeta a ciertos principios. Estos principios tradicionalmente se entendían como principios generales del Derecho Penal, ello explica como García de Enterría en su célebre Curso de Derecho Administrativo, señalara:

"Tal situación determinada por la formación histórica de ese poder administrativo, por su evolución independiente como un simple instrumento de efectividad coercitiva, sin otras consideraciones, por la inexistencia de un cuadro normativo común dentro del cual integrar cada una de sus manifestaciones singulares, intentó ya tardíamente corregirse mediante una entrada en juego de los principios generales del Derecho Penal concebidos como principios generales del Derecho sancionador"⁵

Esta posición tan sólo se mantuvo mientras la jurisprudencia sostenía que "Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, *con ciertos matices*, al Derecho Penal sancionador" (Sent. TCE de 8 de junio de 1981) (resaltado nuestro)

Por otra parte, nuestra jurisprudencia citaba la extranjera pero a su vez comenzaba a separarse de ella, cuando precisó:

"algunos autores de Derecho Administrativo parecieran ser partidarios de la matización, en materia de sanciones administrativas, del principio "*nullum poena sine lege*", pretendiendo en tales casos sea menos rígido que en materia de sanciones penales"... Tal pretensión, sin embargo, también ha recibido críticas en la doctrina nacional, al señalarse que la misma es contraria, o por lo menos peligrosa, para el principio de legalidad" (Sent. CSJ-SPA, caso: *Volkswagen Interamericana C.A.*, de 4 de agosto de 1994)

A nuestro entender desde el momento que se aceptó que el Derecho Penal Sancionador y el Derecho Administrativo Sancionador, son manifestaciones del poder punitivo del Estado, paulatinamente, se fue reafirmando la

⁴ MAURER Hartmut, *Droit Administratif Alleman*. Paris. Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence Traducido por el Profesor Michel Fromont (1994) p. 71

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, II (1995) p. 168



naturaleza constitucional de tal poder, al punto que los principios de legalidad, tipicidad e irretroactividad, se refieren como aplicables *indistintamente* a ambas manifestaciones.

1. El principio de legalidad- *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

El principio de legalidad se corresponde con el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que significa la necesaria existencia de una Ley previa que determine el contenido de la sanción aplicable. Este principio de índole constitucional implica que las actuaciones de la Administración, más concretamente, el ejercicio de sus potestades se vean limitadas y puedan ser objeto de control jurisdiccional.

El ejercicio de la potestad sancionatoria, en este caso, amerita de una Ley que, en primer lugar, faculte a la Administración para actuar y aplicar determinada sanción administrativa. “Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente”.⁶

Para la doctrina alemana el principio de legalidad -*Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung*- obliga imperativamente a la Administración a respetar las reglas impuestas por el Legislador, y permite que sus actuaciones sean controlables por la jurisdicción administrativa. “*Le principe de legalité de l’administration oblige impérativement l’administration à respecter les règles prévues par le législateur et la soumet par là du meme coup au controle de la juridiction administrative*”⁷

Ahora bien, este principio de orden constitucional, nuestra Constitución - a diferencia del español- no lo refirió expresamente a las sanciones administrativas, cuando consagra en el artículo 60 ord.2 “nadie podrá ser privado de su libertad por obligaciones cuyo incumplimiento no haya sido definido por la ley como delito o falta”. Precisamente, así lo ha reiterado nuestro Máximo Tribunal en sentencia de la Sala Politico-Administrativa:

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA., *Ob Cit.*, p.440

⁷ MAURER, Hartmut, *Ob Cit.*, p. 107

“El principio constitucional de la legalidad en materia sancionatoria (*nullum delictum, nulla poena sine lege*) no se limita, exclusivamente, como bien lo advierte la recurrente, al campo penal, ya que su fundamentación y finalidad es la de proteger al ciudadano de posibles arbitrariedades y abusos de poder en la aplicación discrecional de penas y sanciones, sean de tipo penal o administrativo”. (Sent. de la CSJ-SPA, caso: *Difedemer C.A.*, de 5 de junio de 1986, p. 9)

En este contexto, cuando la disposición constitucional se refiere a una Ley que establezca las sanciones, no se trata de cualquier norma, sino de aquella que reuna ciertos supuestos. En primer lugar, la Ley ha de ser previa o anterior a la conducta o hecho sancionado (*lex praevia*) la Administración antes de ejercer sus potestades debe constatar la existencia de esa ley (*lex scripta*) y dicha ley debe describir los supuestos de hecho expresamente con su sanción correspondiente (*lex certa*). La Ley debe definir cuáles son los actos cuya comisión acarrea sanciones de carácter penal o administrativo, y la definición legal del ilícito debe ser precisa, es decir, detallada y exhaustiva, pues la norma sancionadora debe ser cierta.

Además, cuando el Texto Constitucional se refiere al principio de legalidad que exige la previsión de la sanción en una norma legal, lo hace con respecto a su noción formal, que atiende a la definición de leyes, entendidas como aquellas que sancionan las Cámaras como cuerpos colegisladores, en virtud del artículo 162 de la Constitución. Por ello, este principio va conexo con la previsión constitucional de *reserva legal*, mediante el cual, determinadas materias, en este caso, las que imponen límites y restricciones al sistema de libertades públicas, sólo pueden ser reguladas exclusivamente por el Legislador Nacional. (arts. 136, ord. 24 y 139 C.).

Por otra parte, la discusión doctrinaria en este punto, ha resultado un tanto conflictiva, en virtud, de que el Constituyente español al consagrar el principio de legalidad ha utilizado el término “legislación” en el artículo 25 CE. De inmediato surgen diversas interpretaciones del término como producto de la discusión acerca de adoptar la definición formal o material de “Ley”.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español precisa en sentencia de 29 de marzo de 1990)

“sólo por Ley podrá regularse el ejercicio de tales derechos”.

“la potestad sancionatoria de la Administración se ejercerá cuando haya sido *expresamente* atribuida por una norma con rango de Ley”.



A pesar de la incertidumbre que pudiese rodear el término “legislación” utilizado por la Constitución de España, la opinión del TCE es clara y determinante en consonancia con la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, al afirmar que, sólo por Ley en *sentido formal*, podrá la Administración ejercer su potestad sancionatoria aplicando las sanciones previstas en la norma para determinados supuestos de hecho.

Determinante ha sido el criterio de nuestra Corte Suprema de Justicia, así en sentencia de la Corte en Pleno, de fecha 9 de agosto de 1990.

“En este sentido se observa que siendo el texto constitucional expresión de principios políticos fundamentales, catálogo de los derechos y garantías fundamentales y base de la organización de los poderes públicos, al clasificar los derechos y garantías y someter su regulación a las previsiones legales, entiende tal remisión a los fines de que sean las leyes las que van a determinar el contenido de tales derechos fundamentales, vedando tal posibilidad a la norma reglamentaria y, desde luego, a los actos de la administración que no encuentran apoyo en ley alguna. La Administración no puede, por ende, intervenir en la esfera de estos derechos más que en virtud de expresa habilitación legal, entendiendo el concepto ‘legal’ en su estricta significación de ley formal que el reglamento no puede sustituir en ningún caso” S. de la CSJS-CP fecha 9 de agosto de 1990, p. 17 y 18)

Sin embargo, es preciso advertir, por otra parte, que la Administración, precisamente en ejercicio de su potestad sancionatoria, puede por vía de Reglamento aplicar determinadas sanciones a hechos que constituyan faltas, sin que ello quiera decir, en modo alguno, que se vulnere el principio de legalidad, por el contrario, el principio de legalidad *se justifica* como principio específico del Derecho Administrativo Sancionador al exigirse, en estos casos, que el Legislativo faculte *expresamente* al Ejecutivo para establecer sanciones, *siempre dentro de los límites y ámbito dispuestos por la ley*. Así lo ha señalado nuestro Máximo Tribunal en Sala Político-Administrativa, al establecer:

“las sanciones de carácter administrativo, según la intención y voluntad del legislador, pueden establecerse tanto en una ley como en un reglamento, pero, en este segundo caso, es indispensable que la propia Ley establezca que, por vía reglamentaria, se determinarán las sanciones. Ese ha sido el camino escogido por el legislador en numerosos casos, al autoroizar o delegar en el Poder Ejecutivo la determinación de las penas y sanciones a las infracciones de los administrados a la normativa legal y, en tal supuesto, se cumple con el precepto constitucional, pues el particular conoce, con antelación, cuáles son concretamente, las sanciones aplicables a determinadas infracciones, y el poder administrador ejerce su acción dentro de

cauces que no permiten posibles arbitrariedades y abusos de poder” (S. de la CSJ-SPA, caso. *Difedemer C.A.*, de fecha 5 de junio de 1986, p. 9 y 10)

A pesar de la claridad de la sentencia, tal vez haya quedado por añadir, que además la propia Ley debe definir el ámbito dentro del cual puede ejercer su potestad la Administración, en este caso, el Ejecutivo mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria ejerce la potestad sancionatoria, pero sin excepción, no podrá hacerlo inobservando el principio de legalidad, por el cual la Ley le remite, le ordena y le limita su actuación. Para la doctrina alemana, “*D’après le principe de l’existence d’un domaine réservé à la loi, l’administration en peut être appelée à exercer son action que si elle a été habilitée (ermächtigt) à le faire par une loi*”.⁸

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia en otras decisiones se ha referido a esa autorización expresa que el Legislativo debe dirigir con exclusividad al Ejecutivo, que es el único que puede crear e imponer sanciones por esta vía, en virtud del ejercicio privativo de la potestad reglamentaria. Tal es el caso, de la S. de la CSJ-SPA de fecha 11 de julio de 1990:

“...sucede que éste no es un Reglamento en sentido estricto, porque no emanó del Presidente de la República y, de consiguiente, no constituye el acto contenido en esta Resolución un Reglamento en su sentido estricto y cabal, y la propia Ley no facultó al Ministro para reglamentar la aplicación, ejecución o cumplimiento de ella por la vía de las Resoluciones con facultad para imponer sanciones a las posibles infracciones de la Resolución que dictare”. (S. de la CSJ-SPA, caso: *Curaçao Gas S.R.L. vs. República*, de fecha 11 de julio de 1990. *RDPN*°43, p.45)

Sin embargo, en decisión posterior la CSJ ha dispuesto:

“Bien puede calificarse a los Reglamentos dictados por el Instituto Nacional de hipódromos “terciarios o de rango de tercer grado”, puesto que no son los que prevé el ordinal 8° del artículo 190 de nuestra Constitución, esto es, aquellos Reglamentos que puede dictar el Presidente de la República para el desarrollo y aplicación de las leyes emanadas del Congreso, pero en el caso, la calidad atribuible al Reglamento dictado por el Instituto Nacional de Hipódromos por sí mismo no revela que fuese violatorio de la Constitución, y lo único que indica es que se hallan por debajo de los Reglamentos de las Leyes”. (S. de la CSJ-SPA, de fecha 14 de febrero de 1991, *RDPN*°46, p.88).

⁸ MAURER, Hartmut, *Ob Ciz*, p. 108.



Y la misma decisión contiene el voto salvado del Magistrado Román Duque Corredor, en el cual se reafirma la doctrina y jurisprudencia que en materia de legalidad y reserva legal-según nuestro criterio- la Corte debe resguardar con celo. El referido voto advierte lo siguiente:

“Los artículos 158 (último aparte), 159, 160, 162, 163 (último aparte) y 350 del citado Reglamento, en lo referente a las penas y sanciones que contemplan, a juicio del Magistrado disidente, invaden la reserva del poder legislativo para establecer faltas y sanciones, a que se contraen los artículos 60, ordinal 2º; 69, 136 ordinal 24, y 139 de la Constitución, porque crean faltas y prevén sanciones que no están contempladas en ley alguna, y porque la función de legislar en tales materias sólo corresponde al Congreso”.

Así, el criterio determinante de la Corte Suprema de Justicia, en materia de *reserva legal*, dispone :

“Es la norma de rango legal la que puede intervenir en la determinación del contenido de esos derechos, no las normas reglamentarias, ni mucho menos simples actos de la Administración no apoyados concretamente en Ley alguna. Siendo estos derechos ‘materia reservada’ a la Ley, corresponde al Reglamento un papel muy reducido en su regulación... La Ley y solamente la Ley debe definir los límites de los derechos individuales de modo que la Administración no pueda intervenir en este ámbito sino en virtud de habilitación legal, esto es, mediante pronunciamiento expreso, contenido en norma legal formal, que el Reglamento no puede ni suplir ni ampliar”. (S. CSJ-CP de fecha 17 de noviembre de 1986, p. 7 y 8).

Estimamos, que los criterios contrapuestos en materia de reserva legal, obedecen- como sucede con todos los temas de derecho administrativo- a su evolución entre la doctrina tradicional y moderna, pero nos gustaría aprovechar la oportunidad para advertir, que en todo caso, lo que el constituyente pretende preservar y a nosotros nos corresponde tutelar y garantizar son los derechos y libertades constitucionales, que en definitiva marcan el límite del ejercicio de las potestades públicas. Para la doctrina alemana, el límite de la reserva legal -“*l'existence d'un domaine réservé à la loi*”- es una exigencia del Estado de Derecho que opera como garantía de seguridad jurídica para el administrado, “*Le principe de l'État de droit (Rechtsstaatsprinzip) exige qu'entre l'État et le citoyen les relations juridiques soient régies par des lois de portée générale qui n'autorisent pas simplement l'action de l'administration, mais rendent également cette action prévisible (voraussehbar und berechenbar) par le citoyen*”.⁹

⁹ MAURER, Hartmut, *Ob Cit.*, p. 109

Entre las corrientes modernas que definen la nueva dimensión que adquiere la reserva legal, resulta interesante la opinión de Alejandro Nieto: “no es tanto el deber del Legislador de tipificar las sanciones como el que tenga la posibilidad de hacerlo y decida si va a realizarlo él directamente o va a encomendárselo al Ejecutivo. La reserva legal implica, entonces, una prohibición al reglamento de entrar por su propia iniciativa en el ámbito legislativo acotado; pero no prohíbe al Legislador el autorizar al Ejecutivo para que así lo haga y con los requisitos que más atrás se han expuesto. Porque negar esto significaría, por un lado, recortar al Parlamento su propia libertad de decisión y, por otro, implantar un sistema absolutamente irreal y, en definitiva, paralizador de la Administración”.¹⁰

2. El principio de tipicidad.

La tipicidad es un principio que puede apreciarse con diversa dimensión, dependiendo de que éste se identifique como un elemento de la legalidad o no. Por una parte, la exigencia de la *lex previa*, se identifica con el principio de legalidad que, en el sentido anteriormente expuesto, debe incluir adicionalmente el de reserva legal.

Por otra parte, este principio de legalidad y reserva legal, requiere de otro que lo complementa en su labor de producir la garantía de seguridad jurídica indispensable a los administrados al momento de aplicárseles la sanción. “El principio de tipicidad obliga al legislador a realizar el máximo esfuerzo para que la seguridad jurídica quede salvaguarda en la definición de los tipos” (TCE, 62/ 1982). De allí, que sea precisamente, la *tipicidad* la que da contenido a otro de los requisitos de la Ley contentiva de la sanción, como es; el de la *lex certa*, que supone una ley escrita y previa, pero que además describa *explícitamente* los supuestos de hechos que constituyen falta y su consecuente sanción administrativa.

Algunos doctrinarios se refieren a ambos principios, legalidad y tipicidad como manifestaciones de un único principio: el de legalidad. Para ellos, la segunda manifestación del principio de legalidad, esto es, la tipicidad, requiere que el acto u omisión sancionados se hallen claramente definidos como falta. Es decir, que las infracciones administrativas deben estar suficientemente tipificadas por la Ley, *describiendo con detalle y cuidado* (Prie-

¹⁰ NIETO Alejandro, *Ob Cit.*, p. 258



to Sanchís) cada uno de los elementos de la conducta, excluyendo las fórmulas abiertas y las cláusulas de extensión analógica.¹¹

De lo expuesto, podemos deducir porqué la doctrina venezolana, ha proscrito todas aquéllas previsiones genéricas y, particularmente, las denominadas “cláusulas de remisión en blanco”, “no se permiten en Venezuela que adopta constitucionalmente el principio de legalidad- las maneras genéricas que autorizan a quien debe aplicar una pena para crear la figura delictiva¹². La exigencia de seguridad jurídica implica entonces, a definición precisa de las infracciones y la determinación de la sanción aplicable. García de Enterría, al citar una sentencia del Tribunal Constitucional, que declara expresamente como consecuencia de la tipicidad, la inaplicación que tiene en materia de sanciones administrativas la analogía, “las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica” (S. del TCE, de fecha 29 de marzo de 1990) señala que “la especificidad de la conducta a tipificar viene de una doble exigencia: del principio general de libertad, sobre el cual se organiza todo el Estado de Derecho, que impone que las conductas sancionables sean excepción a esa libertad y, por tanto, exactamente delimitadas, sin ninguna indeterminación; y en segundo término, a la correlativa exigencia de la seguridad jurídica que no se cumplirá si la descripción de lo sancionable no permitiese un grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos”¹³

3. El principio de Culpabilidad.

El elemento de la culpabilidad es un requisito indispensable al ejercicio de la potestad sancionatoria, que implica la existencia de un sujeto pasivo al que pueda imputársele la comisión de la infracción generadora de la sanción.

En el contexto que venimos desarrollando, pareciera que la figura de la culpabilidad contrastara con el entorno, pues no está a bien afirmar por

¹¹ Vid. CANO MATA, Antonio, *Las infracciones administrativas en la Doctrina del Tribunal Constitucional*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado (1984) p. 57 (destacado nuestro).

¹² CHIOSSONE Tulio, *Sanciones en Derecho Administrativo*. Caracas. Universidad Central de Venezuela (1973) p. 37.

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ Tomás, *Ob Cit.*, p. 176.

una parte, - como se señala seguidamente- el derecho a la *presunción de inocencia* y por la otra, la *presunción de culpabilidad* figura opuesta evidentemente.

De allí, que la doctrina sostiene que en materia de culpabilidad faltan aun muchos elementos por determinar, de manera que se responda convenientemente y se dé una explicación dogmática a los interrogantes que se han planteado en el Derecho Administrativo Sancionador. Para Alejandro Nieto, todavía no se cuenta con una teorización global de la culpabilidad en el Derecho Administrativo.

4. Derecho a la presunción de inocencia.

Este principio, también de naturaleza constitucional, no es aplicable con exclusividad a la materia penal sino que, por el contrario, ante la relación jurídico-pública que posibilita el ejercicio de las potestades a la Administración, en este caso, de la potestad sancionatoria, implica la garantía en todo procedimiento administrativo sancionatorio de la presunción de inocencia y, por tanto, de que no se declare la responsabilidad administrativa hasta tanto no se demuestre lo contrario.

Como referimos anteriormente, si observamos la garantía de este derecho aisladamente pareciera *prima facie* que se opone al principio de culpabilidad que también rige esta materia, de allí, que éste ha de apreciarse en su conjunto, no aisladamente y, precisamente por ello, la garantía de presunción de inocencia va conexas al principio de culpabilidad, que en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionatorio Moderno toma nuevas dimensiones y exige una responsabilidad subjetiva que permita identificar al sujeto que cometió la infracción, sin que ello se oponga al momento de ejercer el derecho a la defensa a respetar la presunción de inocencia.

5. Principio de irretroactividad.

El principio de la irretroactividad es inherente a las normas sancionatorias, y se concreta en la noción: nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que, en el momento de producirse, no constituyan infracción administrativa, según la legislación vigente.

En este sentido se ha pronunciado el TCE, argumentando que:



“el punto fundamental de la demanda consiste en defender que el órgano judicial aplicó una norma sancionadora que no estaba vigente al tiempo de producirse los hechos, lo que impidió al juez apreciarlos en su conjunto y atemperar a los mismos el contenido de las sanciones impuestas” “...resulta jurídicamente improcedente la aplicación retroactiva de una norma sancionadora” (S del TCE, de fecha 11 de noviembre de 1981)

Se constata así que el principio de irretroactividad constituye, otra manifestación del principio de legalidad.

II.

PRINCIPIOS QUE INSPIRAN LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA

1. El principio de Proporcionalidad, congruencia y razonabilidad.

El principio de proporcionalidad se concibe como un principio propio del Estado de Derecho y como tal, aplicable a toda la actividad administrativa. En este sentido, no sólo la actividad administrativa sancionatoria debe ser proporcional, esto es guardar la debida correspondencia entre la infracción cometida y la sanción, sino que, todo acto administrativo en el contexto del Estado de Derecho y como consecuencia del principio de legalidad, debe guardar la debida razonabilidad, congruencia y proporcionalidad.

De todo ello, resulta que la Administración al ejercer su potestad sancionatoria debe evaluar con suma atención la gravedad de la infracción a objeto de evitar que la sanción aplicable resulte desproporcionada a la sanción y que además ésta se aleje sustancialmente de los objetivos de la propia actuación administrativa y de los fines perseguidos por el Legislador. el principio de proporcionalidad limita el ejercicio mismo de la potestad sancionatoria.

De allí, que la Corte Suprema de Justicia (*Vid.* S. de la CSJ-CP de fecha 17 de noviembre de 1986) haya asegurado que no puede establecerse un régimen restrictivo de los derechos individuales o sistema de libertades, que no guarde relación o *congruencia* con el texto legal que pretende complementar.

El principio de *razonabilidad* es consagrado en todo sistema constitucional como derivación del principio de legalidad, de allí que éste permita revisar la sustantividad de las normas de jerarquía inferior a la Constitución para adecuarlas a su contenido; sin embargo, para la doctrina española, la razonabilidad depende no ya de su conexión con un bien o valor constitucional, sino, pura y simplemente, de su lógica intrínseca, o, lo que es lo mismo, de su congruencia con los fines perseguidos y de su aptitud o idoneidad para alcanzar éstos.¹⁴

Tal y como lo consagra el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos lo señale expresamente al disponer los límites a la discrecionalidad.

“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 fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia”

SEGUNDA PARTE ALCANCE DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA

I.

SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y PENAS JUDICIALES

I. Independencia de las sanciones administrativas

Un punto de partida en esta discusión puede surgir de la denominación dada a la Ponencia: “la actividad administrativa *represiva*”, que a nuestro entender, conlleva el arraigo a la naturaleza penal que insistentemente hemos pretendido desvirtuar en este trabajo.

Tal y como comentábamos *ab initio*, el objetivo real de la potestad sancionadora no es sancionar, esto es, *reprender* en el sentido de reprimir con

¹⁴ Vid. SUAY RINCÓN, José, “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Estudios sobre la Constitución Española*. España, Civitas, II (1991) p. 856.



energía o violencia las alteraciones de orden público, por el contrario, se trata de *prevenir* y alertar, tomando las medidas necesarias para evitar la infracción administrativa, la sanción administrativa es la “ultima ratio” del Estado. De allí, que el Derecho Administrativo Sancionador sea un *derecho de riesgo*, esencialmente este derecho previene y prescribe órdenes y prohibiciones que con sus correspondientes sanciones pretenden reducir al máximo las situaciones de riesgo. Es por ello, que la Administración ejerce su potestad sancionatoria sólo cuando se hayan adoptado todas las medidas para evitar que la infracción administrativa se produzca. “El objetivo de una buena política represiva no es sancionar sino cabalmente lo contrario, no sancionar, porque con la simple amenaza se logra el cumplimiento efectivo de las órdenes y prohibiciones cuando el aparato represivo oficial es activo y honesto”.¹⁵ Así, cuando la Administración es eficiente evita el riesgo y, con ello evita la producción del daño y la consecuente responsabilidad que genera la imposición de determinada sanción.

Ahora bien, el límite formal entre las penas y las sanciones administrativas viene dado por la autoridad que las impone, así: el conocimiento de los delitos y faltas penales es siempre competencia de los Tribunales penales y las sanciones administrativas de los Tribunales Contencioso-Administrativos.

En este sentido, se ha pronunciado nuestro Máximo Tribunal, determinando con precisión las diferencias entre la sanción administrativas y las sanciones de naturaleza penal o penas en *strictu sensu*, en sentencia de la Corte en Pleno de fecha 9 de agosto de 1990.

“...se observa que dentro del concepto lato de normas penales debe diferenciarse entre aquéllas que establecen sanciones para la infracción de normas de ética a las que se sujeta la conducta social e individual de determinado conglomerado humano, y que recoge en su mayor extensión el Código Penal al tipificar los delitos y faltas, y otras, contempladas en leyes especiales, que consagran sanciones para castigar la violación o incumplimiento de reglas específicas requeridas a garantizar el fin de utilidad general de la actividad administrativa, y que la doctrina ha calificado como sanciones administrativas para distinguir las en virtud del sujeto que las impone (órgano administrativo) de las de naturaleza penal que son siempre impuestas por un órgano jurisdiccional” (S. de la CSJ-CP, de fecha 9 de agosto de 1990., Magistrado Ponente: Román Duque Corredor).

¹⁵ Vid. NIETO, Alejandro, *Ob Cit.*, p.30 y 32.

La sentencia en cuestión, aporta una nitida diferencia entre ambas manifestaciones sancionatorias, sin embargo, seguidamente de la cita *supra*, estimamos que cuando se utilizó la expresión “penas administrativas o “disposiciones administrativas penales” que aparece en la página 20 de la sentencia, no se pretendió la subordinación del derecho administrativo sancionatorio al derecho penal, precisamente porque la propia sentencia en sustancia lo que precisa son las diferencias entre ambas manifestaciones sancionatorias y su innegable independencia.

Vale la pena referir, que la sentencia *in commento*, continúa precisando las diferencias entre ambas manifestaciones del poder punitivo del Estado en los siguientes términos:

“Con fundamento en la distinción que se ha hecho entre la sanción penal y la sanción administrativa, puede señalarse que las leyes administrativas venezolanas, no deben trasladar confusamente conceptos propios del Derecho Penal, sin sujetarse a los límites estrictos que a la tipificación de delitos y penas impone la norma fundamental, como bien ha comprendido el legislador penal. No deben, pues confundir las leyes administrativas la transgresión objetiva que significa el incumplimiento por el administrado de determinados deberes que le imponen las leyes, con la responsabilidad que surge de la conducta dolosa o culposa, elemento esencial de la elaboración de los principios jurídico -penales. El ilícito penal se concreta en definiciones legales precisas sobre lo que debe entenderse por delito o falta, mientras que el ilícito administrativo (entendido en sentido lato como contrario al ordenamiento jurídico) envuelve el incumplimiento o transgresión de un deber frente a la Administración.¹⁶

En efecto, hemos reiterado que una de las premisas del Derecho Sancionador Moderno es precisamente separarse de los conceptos propios del Derecho Penal pero ambos participan de los principios constitucionales del *ius puniendi* del Estado y, por ello en materia de *culpabilidad*, la valoración de la responsabilidad que surge de la conducta dolosa o culposa, no es *exclusivamente* un elemento esencial de los principios jurídico-penales, sino que, tal y como hemos señalado anteriormente, para que una conducta pueda ser castigada indistintamente en la esfera penal o en la administrativa debe ser atribuible a un sujeto determinado bien sea a título de culpa o dolo y desestimarse, por el contrario, cualquier tipo de responsabilidad objetiva. Todo ello, en orden a la naturaleza constitucional común que les infiere el *ius puniendi* estatal.

¹⁶ CHIOSSONE, Tulio, *Sanciones en Derecho Administrativo*, UCV. Fac. de Derecho. Caracas. 1973 citado por la S. de la CSJ-CP, *idem.*, p. 22.



Por otra parte, además de la diferencia entre la sanción penal y la administrativa, construida en virtud del órgano que las impone, la Corte Suprema de Justicia venezolana, también ha precisado otras diferencias en orden a la discrecionalidad, que en esta materia conlleva interesantísimas connotaciones.

Así, a manera de ejemplo podemos citar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, de fecha 20 de mayo de 1985 que distingue de la manera siguiente:

“Esta discrecionalidad no es igual en derecho penal y en derecho administrativo. El Código Penal contempla en el Título V del Libro Primero, las circunstancias que excluyen, atenúan o agravan la responsabilidad penal y que son de obligatoria aplicación por parte de los jueces, según que aparezcan o no demostradas en autos. Estas circunstancias excluyentes, agravantes o atenuantes están contempladas de manera taxativa y la discrecionalidad del juez está sujeta a que alguna de tales circunstancias aparezca probada en el proceso...” “...En materia administrativa, la discrecionalidad suele ser mucho más amplia. En el caso concreto que nos ocupa, el artículo 47 de la Ley de Propiedad Horizontal contempla la aplicación de multa que oscilará entre diez mil bolívares (Bs. 10.000,00) y quinientos mil bolívares (Bs. 500.000,00)...según la gravedad de la falta...’ de modo que el funcionario está plenamente facultado para determinar el monto de la multa dentro de esos límites”. (S de la CSJ-SFA, caso: *Inversiones Pinto Loureiro, C.A.*, de fecha 20 de mayo de 1985, Magistrado Ponente: Josefina Calcaño de Temeltas, GFN^o 128, p., 338)

Asimismo, el Máximo Tribunal en sentencia más reciente se refiere a la discrecionalidad como elemento distintivo entre la actividad sancionatoria administrativa y la penal y reitera la debida sujeción al bloque de la legalidad.

“...es reiterada la diferencia que ha precisado el contencioso administrativo respecto de la jurisdicción penal. En efecto, la administración, en relación a la actividad sancionatoria, tiene como nota característica la discrecionalidad, la cual no puede equipararse en modo alguno a la que prescribe el derecho penal, pues en este ordenamiento, cuando han de aplicarse las reglas para aumentar o rebajar la pena, se cuenta previamente con la clara identificación de las circunstancias que atenúan o agravan el delito cometido...”

“...Ahora bien, esto no significa que la sanción a imponer quede al arbitrio de la administración y que en su actividad sancionatoria pueda el funcionario evadir la legalidad del acto e incurrir en abuso de poder, sino que debe someterse a los límites establecidos en el precepto a aplicar”. (S. de la CSJ-SFA, caso: *Rafael Alcántara*

Van Nathan, de fecha 4 de agosto de 1994, Magistrado Ponente: Josefina Calcaño de Temeltas).

2. El principio de non bis in idem y el problema de la superposición de sanciones.

No obstante esta independencia de la sanción penal y la sanción administrativa, en algunos casos, como aquéllos donde los mismos hechos puedan ser objeto de penas judiciales y de sanciones administrativas en forma concurrente, impera el principio de naturaleza constitucional denominado *non bis in idem*, por el cual independientemente de la distinta naturaleza que tiene la sanción penal y la administrativa “nadie puede ser condenado dos veces por los mismos hechos” aunque cada régimen bajo los cuales estén previstas la sanciones tutelen intereses jurídicos distintos.

Este principio es de naturaleza constitucional, por estar previsto expresamente en diversos Textos constitucionales -fundamentalmente latinoamericanos- o por inferirse del principio de tipicidad y legalidad en algunos casos, como por ejemplo el español según lo ha dispuesto la jurisprudencia del TCE en sentencia de fecha 30 de enero de 1981.

Este es un principio, que surge como consecuencia de los conflictos de competencias entre la jurisdicción penal y la administrativa que tuvieron lugar en el siglo XIX, y que tiene un fundamento humanitario en atención a que “imposibilita dos procesos y dos resoluciones iguales o diferentes, sobre el propio tema o el mismo objeto procesal, en atención a los indeclinables derechos de todo ser humano de ser juzgado únicamente una vez por una actuación presuntamente delictiva, y a la importante defensa de los valores de seguridad y justicia que dominan el ámbito del proceso criminal” (S. de la Sala 2ª. de 24 de marzo de 1971 -Ar. 1475; *Rull Villar*)¹⁷

El tema ha entrañado para la doctrina extranjera, la discusión de la subordinación de la autoridad administrativa a las decisiones previas de los Tribunales penales, cuestión que implica la suspensión de los procedimientos administrativos, hasta tanto no este resuelta la cuestión penal.

Por otra parte, la posición radical conlleva una discusión intolerable al marco de las Modernas Tendencias del Contencioso -Administrativo, que

¹⁷ Vid NIETO Alejandro, *Ob Cit.*, p 411.



implicaría la subordinación del Juez Contencioso al Juez Penal. Esta subordinación, no es concebida ni por la doctrina ni por la jurisprudencia nacional. A manera de ejemplo podemos referir la S. de la CSJ-SPA, de fecha 17 de mayo de 1984 que dispone:

“Independientemente de que el órgano jurisdiccional hubiere considerado que los hechos no revistieron carácter penal y hubiere procedido en consecuencia a declarar terminada la averiguación penal de conformidad con lo pautado por el artículo 206, ordinal 1º, del Código de Enjuiciamiento Criminal, *correspondió al órgano administrativo la verificación de hechos suficientes, para la aplicación de una sanción administrativa*, los cuales lejos de ser desvirtuados por el impugnante, son reconocidos y ratificados en la forma que ha quedado señalada anteriormente”. S. de la CSJ-SPA, caso: Rafael Ángel Pérez vs. Ministerio del Ambiente, de fecha 17 de mayo de 1984, Magistrado Ponente: Luis H. Fariás Mata. *GFN*º 124 (cursivas nuestras).

Así, nuestro Supremo Tribunal ante el problema de *superposición sancionadora*, no define el problema de prevalencia, como sí lo ha hecho el TCE que terminó constitucionalizando el Real Decreto-Ley de 25 de enero de 1977, en el cual, se consagra la prevalencia de la norma penal, al imponer la preferencia de la sentencia penal que la aplica.

En este orden de ideas, estimamos que a partir del momento en que se constitucionaliza la potestad sancionadora de la Administración expresamente -caso español-¹⁸ o se constitucionaliza como manifestación derivada del *ius puniendi* del Estado-caso venezolano-, carece de sentido sustentar la subsidiariedad de la sanción administrativa a la penal.

En definitiva, como acertadamente expone Alejandro Nieto: “si el verdadero problema es de política legislativa, lo que el Estado tiene que preguntarse, cuando decide reprimir un hecho es si conviene tipificarlo como delito o como infracción administrativa, ya que tiene en su mano ambas posibilidades, dándose por supuesto que, salvo excepciones, es mejor no utilizarlas simultáneamente”.¹⁹ En efecto, si ambas manifestaciones sancionatorias; la penal y la administrativa, están sujetas al imperio del principio de legalidad y sus dos elementos de :reserva legal y tipificación, la solución al problema de la *superposición sancionadora*, está en manos

¹⁸ Véase la opinión de Rebollo en NIETO Alejandro, *Ob. Cit.*, p. 405

¹⁹ *Ibidem.*, p 405-406

del Congreso Nacional, que es quien debe definir ante determinados hechos si la sanción ha de ser de naturaleza administrativa exclusivamente o no, salvo en aquéllos casos en que por supuesto, los hechos deban valorarse por ambos, sin que ello implique en ningún caso la primacía de uno hacia el otro, tal y como se indica en la sentencia que comentamos *supra*.

Por otra parte, el problema de la superposición de sanciones no sólo está planteado entre la sanción penal y la administrativa, sino que perfectamente la valoración de la culpa -requisito indispensable para imposición de sanciones- en la jurisdicción penal y la civil, puede no ser coincidente. De allí, que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “el concepto de culpa penal e ilícito penal, por una parte, y, por la otra, el de culpa civil e ilícito civil, no necesariamente coinciden, pudiendo un mismo hecho ser calificado como no culpable y como ilícito a los efectos de la imposición de una pena por los tribunales penales y acarrear sinembargo una condena al pago de daños y perjuicios por la jurisdicción civil.

En estos casos, añade la Corte, que la excepción de cosa juzgada no es impedimento al resarcimiento de los daños y perjuicios que se hubieren causado. “La demanda de daños y perjuicios en razón de los causados por un acto ilícito, no puede ser desechada por la excepción de cosa juzgada que resulte de la decisión de una jurisdicción penal que, al estatuir exclusivamente sobre la cuestión de culpabilidad, hubiera pronunciado la absolución o el sobreseimiento del encausado. (S. de la CSJ-SPA. caso: *Fondo de Inversiones de Venezuela*, de fecha 27 de enero de 1994).

En cualquiera de los casos, la problemática del problema al respeto del principio *non bis in idem*, se centra en la concepción que adoptemos del Derecho Administrativo Sancionador y a su “unidad- o diversidad- ‘ontológica’ de los ilícitos y de sus sanciones. Porque es claro que quienes afirman dicha unidad han de aceptar, como un corolario de ella, la prohibición del *bis in idem*; mientras que quienes la niegan pueden aceptar sin graves dificultades la compatibilidad de sanciones que son diferentes por su naturaleza”.²⁰

²⁰ *Idem*, p. 402



II. IMPLICACIONES DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

La discusión en este punto conviene iniciarla con el artículo 46 de la Constitución, es decir, el que consagra la responsabilidad del funcionario administrativo, si observamos que a éste se le puede acordar o señalar indistintamente *responsabilidad civil, penal, administrativa, e incluso disciplinaria*, el artículo en cuestión, señala lo siguiente: “Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo, y los funcionarios y empleados públicos que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes”. De ello deriva, que igualmente sin violentar el principio de *non bis in idem*, el funcionario público puede ser juzgado ante los Tribunales penales, ser absuelto y por otra parte, ser objeto de responsabilidad administrativa y consecuentemente de determinadas sanciones administrativas.

Asimismo, la declaratoria de inexistencia de responsabilidad administrativa no conlleva necesariamente la declaratoria de inexistencia de responsabilidad disciplinaria, ésta última puede perfectamente acordarse sin la existencia previa de la otra. Por el contrario, en muchos casos puede suceder que la declaratoria de responsabilidad administrativa de origen a la declaratoria de responsabilidad disciplinaria, y por ello, se apliquen paralelamente las sanciones administrativas previstas en la Ley y las sanciones disciplinarias que deberán ser acordes con los deberes disciplinarios violentados.

Al contrario de lo que sucede con la potestad sancionatoria, la potestad disciplinaria de la Administración implica la emisión de un acto de la Administración que ante el caso en concreto debe valorar la culpa y determinar cual es la sanción aplicable, es decir, en materia disciplinaria en muchos casos, no opera el principio de *nullum crimen sine lege poenali*. De allí que se ha señalado que “...indudablemente, si el poder está legislativamente regulado, la Administración deberá atenerse a tal regulación; pero, en ausencia de notas disciplinarias específicas, no desaparece la potestad de la Administración Pública de proceder al ejercicio del poder disciplinario”.

Ahora bien, ya que el principio de tipicidad y reserva legal no operan con igual fuerza en materia disciplinaria que en la sancionatoria, se exige que precisamente en los casos de procedimientos disciplinarios se respeten los derechos fundamentales a la *defensa, debido proceso, presunción de inocencia y dignidad humana*, como principios rectores en cualquier procedimiento disciplinario que se inicie. Estos principios son los que Hildegard Rondón de Sansó ha denominado de “jurisdiccionalización del derecho disciplinario” indicando que “Tales principios son: 1) Derecho de defensa; 2) Las llamadas garantías jurídicas; 3) El perdón disciplinario; 4) La motivación del acto de sanción; 5) La definición de las infracciones por textos legales o reglamentarios; 6) El establecimiento de escalas de penas y correlación entre pena e infracción”.²¹

A manera de ejemplo podemos referir una Sentencia de la CSJ-SPA, en la que la Corte precisamente considera violados el derecho a la defensa, (incluye el derecho a ser oído), el derecho a ser juzgados por el juez natural, el derecho a la presunción de inocencia y el de tutela efectiva.

“De lo expuesto resulta entonces que el Consejo de la Judicatura, en el caso subjudice, dio por demostrado un hecho inexacto (falso supuesto positivo) y luego lo calificó como hecho punible, lo que no es de su competencia con lo cual incurrió en una usurpación de funciones. En efecto el aspecto judicial del hecho punible y de la responsabilidad penal (distinta por supuesto de la administrativa o disciplinaria) le compete a los tribunales de justicia y, evidentemente, el Consejo de la Judicatura no administra justicia en el contexto del artículo 204 de la Constitución... infringió entonces el Consejo de la Judicatura el artículo 69 de la Constitución (el derecho de ser juzgado por el juez natural), al calificar determinados hechos como delitos, materia que le compete exclusivamente a los tribunales penales de la República”

Entre la diversidad de normas que la sentencia *in commento* refiere como violentados destaca el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que dispone lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, *por un juez o tribunal competente*, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, *en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella*. (subrayado de la sentencia).

²¹ RONDÓN DE SANSÓ Hildegard, “La responsabilidad administrativa y la responsabilidad disciplinaria en la *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*” en Régimen Jurídico de Salvaguarda del Patrimonio Público. Caracas. UCV/Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Vol. VI (1985) p.



Se trata entonces de un derecho fundamental de la persona humana que es de orden público, derecho que ni siquiera ese orden puede afectarlo en su esencia. (S. de la CSJ-SPA, caso: *Beda Flor Morán Malvar*, de fecha 10 de noviembre de 1994, Magistrado Ponente: Alfredo Ducharne)²²

Ahora, aunque como bien ha señalado la sentencia *supra*, las sanciones administrativas no solamente tienen naturaleza distinta a las penales sino también a las disciplinarias, sin embargo, pensamos que el tema se ha impregnado de confusiones paralelas, y que por ello sería conveniente exponer, adicionalmente, algunos datos diferenciadores.

En este sentido, advertimos que la Administración ejerce su *potestad sancionatoria* en virtud de la relación jurídica pública que la coloca en un situación preeminente frente a los administrados que deben obediencia a sus disposiciones en la medida en que éstas no lesionen sus derechos particulares, o los de la colectividad si ese es el caso.

Por otra parte, la *potestad disciplinaria* se ejerce también como consecuencia de la relación jurídica pública pero, en este caso, el administrado se encuentra subordinado de manera *especial* a la Administración - posición de supremacía especial en virtud de su vinculación particular con ella.

Por otra parte, hemos indicado que aún cuando el señalamiento de responsabilidad administrativa no conlleva en modo alguno, el de responsabilidad disciplinaria, sin embargo, en innumerables casos en los cuales los hechos que dieron lugar al señalamiento de la responsabilidad administrativa también han significado una violación a los deberes previstos en la Ley de Carrera Administrativa, el funcionario es responsable disciplinariamente y será objeto de imposición de sanciones administrativas y disciplinarias conjuntamente. En este orden de ideas, la Contraloría

²² Ver muchas otras decisiones de la CSJ-SPA, en las que define los límites de la actividad del Consejo de la Judicatura, que por ser un órgano de naturaleza administrativa no ejerce funciones jurisdiccionales ni aún cuando impone sanciones disciplinarias. En estos casos, los actos del Consejo de la Judicatura también son actos estrictamente administrativos. En este sentido, podemos citar a manera de ejemplo, la S. de la CSJ-SPA, caso: *Miguel Hernández Ornoz*, de fecha 16 de diciembre de 1993, Magistrado Ponente: Alfredo Ducharne Alonzo.

“Tal revisión escapa a su potestad disciplinaria, limitada, como función administrativa que es, al examen de la violación de los deberes profesionales del juez en cuestión. Al proceder como actuó, el Consejo de la judicatura usurpó la función jurisdiccional que corresponde a los órganos judiciales superiores, por lo que el acto de destitución resulta ser nulo de nulidad absoluta...”

General de la República resulta ser un órgano por excelencia que declara la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos y que además como consecuencia de esa declaratoria se aplica, en muchos casos, la responsabilidad disciplinaria.

En efecto, de conformidad con la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (publicada en *GOEN*° 5.017 de fecha 13 de diciembre de 1995), la Contraloría en ejercicio de sus funciones de control, puede realizar las *averiguaciones administrativas* que considere pertinentes, dando inicio a un procedimiento administrativo, tal y como señalan los artículos 115 al 122 de la referida Ley y, donde se establece el ejercicio del recurso jerárquico y el jurisdiccional si ha lugar a ello.

La LOCGR señala que como resultado de las averiguaciones administrativas, la Contraloría tomará su decisión, que puede consistir en la absolución, el sobreseimiento o la responsabilidad administrativa (art. 121 LOCGR) y con fundamento a ello, ésta podrá imponer la sanción administrativa correspondiente, en estos casos, multa de doce a cien salarios mínimos urbanos. Además hemos referido que la declaratoria de dicha responsabilidad puede dar lugar a la imposición de sanciones disciplinarias que pueden ir desde una amonestación hasta la destitución del funcionario, según el régimen de sanciones disciplinarias previstas en la Ley de Carrera Administrativa, los otros supuestos de responsabilidad administrativa que también pueden generar responsabilidad disciplinaria, previstos en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Adicionalmente, de conformidad con el segundo aparte del artículo 122 de la LOCGR, el Contralor General de la República, podrá además imponer la *inhabilitación para el ejercicio de la función pública* por un período no mayor de tres (3) años y aplicar consecuentemente la sanción de *inhabilitación* por un período igual.

Vale la pena detenernos en el diario de debates llevados en la fase de discusión en el Congreso de la referida LOCGR, el Fiscal General de la República (Iván Darío Badell) objetaba este artículo aduciendo que vulneraba el derecho a la defensa del funcionario y además suponía una extralimitación del poder sancionatorio de la Contraloría por el cual pudiese imponer por los mismos hechos una doble sanción administrativa. Para no perder la veracidad de la cita transcribimos a continuación algunos extractos.



“Esta previsión vulnera el derecho a la defensa establecido en el artículo 68 de la Constitución, ya que implica que se imponga una sanción sin que el funcionario afectado se le siga proceso disciplinario alguno y, por consiguiente, el mismo no podrá defenderse de los hechos que le han imputado y que han dado origen a su destitución... *La declarativa de responsabilidad administrativa podrá producir además inhabilitación para el ejercicio de la función pública durante un periodo no mayor de 3 años.*”, lo cual resulta inconcebible desde el punto de vista jurídico, por cuanto por un mismo hecho el funcionario recibirá dos sanciones administrativas...”

“...La inhabilitación tendría que declararla o imponerla un órgano jurisdiccional y no un órgano administrativo...El máximo jerarca del organismo no puede imponer sanción de inhabilitación toda vez que en ese párrafo se prevé que esa sanción debe aplicarse cuando ya no existe relación jerárquica entre el funcionario y el máximo jerarca del organismo”.

A estas observaciones del Fiscal General de la República le responde la Contraloría General de la República, de la manera siguiente:

“No tiene sentido que, con posterioridad a que se haga todo ese procedimiento, la declaratoria de averiguación administrativa sea recurrida y se resuelva el recurso, cuando se produzca la confirmatoria en sede administrativa, para decidir si se impone o una sanción; es decir, ¿Qué valor tiene esa declaratoria si el jerarca en la administración dice que se abra un procedimiento disciplinario para probar nuevamente si los hechos son ciertos y si se puede imponer por esos mismos hechos, una sanción disciplinaria? Por ello, no tiene sentido que el Fiscal General de la República señale que cómo es posible que se apliquen sanciones en la administración sin que haya un nuevo procedimiento dentro de la administración activa”.

Lo expuesto nos lleva a la conclusión que en estos casos, la responsabilidad es del jerarca, puesto que hemos sostenido que la valoración de la responsabilidad administrativa es autónoma de la responsabilidad disciplinaria de la Administración en cuanto al procedimiento y a la sanción.

III. CONCLUSIONES

A manera de conclusión hemos tomado tres puntos de reflexión que analizamos seguidamente:

1.- Podemos referir que en el contexto de las tendencias modernas del Derecho Administrativo, que lejos ha quedado ya la vieja doctrina que

afirmaba que “la naturaleza de la potestad sancionadora es *decididamente penal*” y que además añadía que: “Como consecuencia de la naturaleza penal de la potestad sancionadora, las sanciones a imponer deben fundarse en preceptos que reúnan los requisitos substanciales de toda norma penal válida”. Más aún, en lo que respecta a la esfera de nuestra jurisprudencia nacional suena inconcebible preservar la incertidumbre acerca de la naturaleza de las sanciones administrativas tal y como sostenía algunos años atrás nuestro Máximo Tribunal.

“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 discute la naturaleza misma de la infracción administrativa en comparación con la infracción penal*. El Profesor de la Universidad de Barcelona, España, Miguel Montero Puerto, en su obra *la Infracción Administrativa. Características, Manifestaciones y Sanciones*, recoge esta última controversia y divide en tres grupos las opiniones doctrinarias: 1º, concepciones opuestas a una diferencia entre infracción penal y la infracción administrativa; 2º, 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; 3º, 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 si sobre la sanción que amerita, constituye una pena”. (S. de la CSJ-SP, de fecha 29 de abril de 1980, Magistrado Ponente: José Núñez Aristimuño)



Por el contrario, hemos visto como la incertidumbre ha sido superada, y la misma Corte Suprema de Justicia actualmente separa las sanciones penales de las administrativas, algunas veces, distinguiendo en virtud del sujeto que las impone (órgano administrativo) de las de naturaleza penal, impuestas por un órgano jurisdiccional (S. de la CSJ-CP, de fecha 9 de agosto de 1990, Magistrado Ponente: Román Duque Corredor) y en otras oportunidades, lo hace indirectamente, al señalar que el principio constitucional de la legalidad no es privativo de las sanciones penales, sino que éste se aplica indistintamente a las sanciones administrativas y a las penales. (S. de la CSJ-SPA. Caso: *Difedemer, C. A. vs. Superintendencia de Protección al Consumidor* de fecha 05-06-1986. Magistrado Ponente: Josefina Calcaño de Temeltas) (destacado nuestro)

Esto indica que la jurisprudencia ha asimilado que la actividad administrativa sancionatoria no es otra cosa que una manifestación del Poder Punitivo del Estado, y que éste tiene un origen constitucional innegable que le permite a ésta participar de los mismos principios de legalidad, tipicidad, reserva legal, culpabilidad, que hasta entonces sólo se le atribuían a las sanciones penales. Estos principios constitucionales no son exclusivos de las penas penales sino que, por el contrario, se le aplican indistintamente a éstas y a las sanciones administrativas. Todo ello, conlleva a precisar que ha sido la propia doctrina y jurisprudencia administrativa- en su concepción errada- la que ha supeditado la actividad administrativa sancionatoria a la penal y por consiguiente no distinguió el límite esencial entre el *ilícito administrativo* y el *ilícito criminal*.

Para tener una visión más completa del asunto, vamos a citar algunos criterios de la doctrina penal, en la que decididamente se han encontrado elementos distintivos más definidos.

En este sentido, la doctrina penal dominante en el derecho comparado sostiene que la diferencia entre las sanciones penales y las administrativas obedece a dos criterios, uno *cualitativo*, en virtud del cual estas sanciones se diferencian por la naturaleza misma de los hechos a los cuales se imponen y, en consecuencia, la infracción administrativa es algo esencialmente distinto del delito, y otro *cuantitativo*, por el cual entre los ilícitos castigados con penas penales y aquéllos que se le impone una sanción administrativa sólo existe un matiz gradual.

Así una parte de la doctrina se ha inclinado hacia la distinción sustancial argumentando que, ciertamente, existe una distinción de *calidad* puesto que los injustos creados por las leyes para restringir la autonomía de la voluntad individual obedecen a la necesidad de proteger los bienes jurídicos pertenecientes a otros individuos o a la sociedad en cuanto puede ser titular de ellos. Mientras que, las infracciones administrativas, protegen, únicamente, ciertas obligaciones del sujeto para con la Administración a objeto de que ésta pueda cumplir con sus objetivos prácticos, en otras palabras, los que propugnan una distinción sustancial entre la naturaleza de las sanciones penales y las administrativas, la construyen en orden a la contraposición de los intereses de la sociedad y del individuo.²³ Por otra parte, algunos autores sustentan la distinción entre el ilícito administrativo y el penal en base a un criterio exclusivamente *cuantitativo* y, en consecuencia, admiten que sólo puede hacerse una distinción de magnitudes. Así el ilícito administrativo no es sino un injusto de poca consideración ético-social, y por ello sólo debe someterse a sanciones leves en comparación con las penales.²⁴

Sin embargo, la doctrina penal moderna sostiene que si bien es cierto que la infracción administrativa se diferencia del delito por el grado del ilícito (criterio cuantitativo) no es menos cierto que entre ambos existe una diferencia esencial (criterio cualitativo) que *conlleva hoy día a aceptar un punto de vista mixto cualitativo-cuantitativo*. Esta posición determina que “A partir de la escala constitucional de valores es posible separar cualitativamente los tipos de ilícito más significativos pertenecientes al núcleo central del derecho penal, de los ilícitos administrativos; en la zona límite, la pertenencia a uno de los dos tipos de ilícito se determina cuantitativamente, según la respectiva gravedad de su contenido”.²⁵

En definitiva, este criterio moderno del derecho penal coincide con las más recientes expresiones del Derecho Sancionador que sostienen que el verdadero problema es de política legislativa, puesto que es al Legislativo, en virtud del principio de legalidad y tipicidad, al que corresponde deter-

23. Criterio defendido por GOLDSCHMIDT, James y WOLF, Erik, citado por CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*. Chile. Editorial Jurídica de Chile (1982) p. 75.

24. CURY URZÚA, Enrique, *Ob. Cit.*, p. 78.

25. MAURACH Reinhart y ZIPF Heinz, *Derecho penal, Parte general*. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Gensch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires-Argentina, Editorial Astrea (1994) p. 23 y 24.



minar si una infracción es administrativa o penal. En este orden de ideas, el penalista Reinhart Maurach señala: “Si la decisión legislativa produce discrepancias entre el ilícito administrativo material y el formal, la preferencia la tiene la decisión formal, sin perjuicio de los límites establecidos por la constitucionalidad, ciertamente que el legislador siempre está llamado a corregir este tipo de situaciones, es decir, a establecer la coincidencia entre el ilícito formal y material”.²⁶

Asimismo, al contrario de las confusas discusiones que se plantean los Administrativistas en torno a la distinción y determinación de las sanciones administrativas, disciplinarias y penales, la doctrina penal sostiene que la delimitación entre el ilícito disciplinario y el ilícito criminal está nítidamente trazada, añade que el ilícito disciplinario es de carácter interno y la tipificación estricta es ajena al derecho disciplinario, de allí, que una cláusula general sirva de fundamento suficiente a la sanción disciplinaria.²⁷

2.- los principios de legalidad (reserva legal-tipicidad) presunción de inocencia en tanto que se afirma su naturaleza constitucional que rige globalmente el *ius puniendi* estatal, son comunes a ambas manifestaciones sancionatorias, sin embargo, en relación al principio de *culpabilidad* faltan muchos elementos por determinar, y lejos estamos aún de su comprensión como principio propio del Derecho Administrativo Sancionador, al contrario, a nuestro entender se manifiesta como una reminiscencia del decadente Derecho Penal Administrativo.

3.- Acentuar la distinta naturaleza de la potestad administrativa sancionatoria en relación con la penal, no tiene como objetivo apoyar el uso y abuso de poder que constituirían las actuaciones sancionatorias arbitrarias de la Administración, por el contrario, la finalidad de la doctrina moderna del Derecho Sancionador consiste en fijar los límites materiales y formales que permitan controlarla para garantizar así dos de los pilares esenciales al Estado de Derecho: *la seguridad jurídica* y el *sistema de libertades constitucionales*.

26. MAURACH Reinhart y ZIFF Heinz, *Ob Cit*, p. 24.

27. MAURACH Reinhart y ZIFF Heinz, *Idem*, p.13-14.

**LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE
FOMENTO Y EL REGIMEN DE
SUBSIDIOS Y SUBVENCIONES
ADMINISTRATIVAS**



**LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE FOMENTO
Y EL REGIMEN DE SUBSIDIOS
Y SUBVENCIONES ADMINISTRATIVAS**

**Por Sebastián Martín-Retortillo Baquer
Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Complutense de Madrid**

SUMARIO

1. La acción de fomento en el Estado liberal y en el Estado social .
2. Tipificación de las medidas de fomento; en especial, la subvención.
3. Principios institucionales: intercambiabilidad y conjunción de las técnicas de fomento.
4. Principio de legalidad y actividad de fomento.
5. Elementos personales y elementos causales de las subvenciones.
 - a) Los sujetos otorgantes: el tema de las transferencias presupuestarias entre entidades públicas.
 - b) Valoración del elemento finalista: consecuencias.
6. El procedimiento de otorgamiento de medidas de fomento.
7. El control de las medidas de fomento.

1. La acción de fomento en el Estado liberal y en el Estado social

Sabido es ¹ que con el fin de impulsar y estimular la realización de determinadas actuaciones de los ciudadanos, el Poder público acude con frecuencia a ofrecer auxilios y ayudas de todo tipo: de modo principal, de carácter económico y dinerario. Es fórmula antigua y generalizada en la que concurren técnicas de muy distinta naturaleza, que con amplios antecedentes históricos se afirman y desarrollan con la consolidación del Estado Absoluto. Así, serán los teóricos del Estado de la Ilustración los que básicamente tratarán de sistematizar los numerosos y muy distintos procedimientos de estímulo y fomento ya existentes. En tal sentido

¹ Vid. S. Martín-Retortillo: Derecho Administrativo Económico I. Madrid, 1988, págs 436 et passim.

categorizarán el tema doctrinalmente, distinguiendo entre las funciones y potestades públicas, aquéllas que persiguen el apartamiento de los peligros que impiden alcanzar el buen orden de la cosa pública -*cura advertendi mala futura...*, *dicitur ius politiae*-, de aquéllas otras cuya finalidad fundamental es la promoción, fomento y desarrollo de determinadas actividades: *cura promovendi salutis*. Carlos III, establecería ya, medidas de fomento uniformes para sectores enteros, "ya que es conveniente que las gracias y exenciones se concedan generalmente a todas las fábricas de una clase para que el beneficio de una no resulte en perjuicio de otras". Un planteamiento que, en ocasiones, se formaliza a través de auténticos "planes de promoción" para sectores que se consideran como de interés preferencial, como el decretado por Fernando VI para todas las fábricas de seda, cintería y pasamanería, fábricas de vidrio y loza, etc.

La acción de fomento por parte de la Administración alcanzará muy amplia expresión, ya en el siglo XIX, con Javier de Burgos. En noviembre de 1832 se crea el Ministerio de Fomento -nombre felizmente restaurado entre nosotros en fecha reciente, "taller de la prosperidad nacional". El año siguiente -la conexión es obvia-, también en noviembre, se lleva a cabo la división provincial: al frente de cada provincia se establecen los Subdelegados de Fomento y se aprueba al tiempo la Instrucción que se les dirige, en cuanto "agentes inmediatos de la prosperidad del Reino". Toda la legislación administrativa del siglo XIX formaliza la acción pública con un auténtico entreverado de actuaciones de la propia Administración y de actuaciones privadas incentivadas por ésta última a través de muy diferentes técnicas: desde las de carácter estrictamente jurídico, como puede ser la concesión *ex lege* de la vecindad municipal a los obreros que trabajan en la ejecución de una obra pública a efectos del aprovechamiento de los bienes comunales, a los de carácter económico -anticipos reintegrables, subvenciones, exenciones fiscales, garantías de intereses, aplazamiento en el pago de impuestos, etc-.

Si la acción de fomento aparece históricamente vinculada al liberalismo económico, que de modo directo la recibiría del Estado de la Ilustración, alcanza como es obvio una marcada relevancia en el Estado Social de Derecho: precisamente, por el carácter finalista que éste presenta. Mucho se ha escrito al respecto y no parece sea necesario detenerse mayormente en este punto. Baste advertir que el Estado social de Derecho supone la incidencia del Poder en la realidad social y económica, con la pretensión de



ordenaría de acuerdo con unos parámetros determinados, dentro de las opciones que al respecto puede establecer la Constitución. Ello no quiere decir ni que los Poderes públicos tengan que actuar directamente, ni tampoco que no dejen reducto de la realidad económica y social exento a tal intervención. Se trata, simplemente, de valorar e insistir en el carácter eminentemente finalista del Estado contemporáneo cuyo mismo planteamiento tan cuestionado aparece precisamente en nuestros días.

En relación con ello, es obligado partir de la consideración de la extraordinaria amplitud que, guste o no, presentan los fines públicos, fines del Estado. Basta constatar la amplitud de los sectores a los que tales fines resultan referibles: cultura, sanidad, educación, ordenación económica, asistencia social, recursos naturales, calidad de vida, y un largo etcétera que resultaría prácticamente interminable. Ambitos, todos ellos, a los que, si bien con intensidad distinta, es referible, de uno u otro modo, la actividad administrativa y en los que, consecuentemente, las técnicas de fomento permiten un amplio concurso del sector privado para la satisfacción de esos intereses generales.

La Constitución española -y será a ella a la que aludiré al referir los distintos sistemas positivos, aunque es obligado advertir que textos de contenido semejante se encuentran prácticamente en casi todas las leyes fundamentales-, sanciona de modo expícito los ámbitos en los que se manifiesta la acción de fomento, y lo hace desde dos perspectivas distintas, perfectamente diferenciadas. Por una parte, al referir los "principios rectores de la política social y económica", emplaza a los Poderes públicos para la realización de una serie de cometidos: "los Poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte" (art. 43.3), las organizaciones de los consumidores (art. 51.2), las sociedades cooperativas (art. 129.2), etc. Junto a ello, la expresión se recoge también, desde una segunda vertiente, como título habilitante para el ejercicio de determinadas competencias. Así, lo son de las Comunidades Autónomas "el fomento del desarrollo económico de la Comunidad" (art. 148.13) y el "de la cultura, investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua" (art. 148.17); y lo es del Estado, "el fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica" (art. 149.1.15).

Sanción constitucional de la acción de fomento que se recoge como hipótesis, auténtica cláusula en blanco, cuyo alcance efectivo vendrá determi-

nado, en concreto, por el conjunto de medidas que puedan establecerse para el logro de esos fines. Los Poderes públicos determinarán así selectivamente actividades y realizaciones económicas que se considera de interés general llevar a cabo: reestructuración de sectores industriales; promoción o reducción de ciertos cultivos; estabilidad de precios y de mercados; desarrollo económico de determinadas zonas; etc, etc. Porque las técnicas de fomento son, por una parte, uno de los procedimientos más eficaces de promoción de la actividad privada; pero, también, auténtico cauce a través del que los Poderes públicos orientan, corrigen y dirigen el sistema del mercado en una determinada dirección.

Son estas ideas, básicas, a tener muy en cuenta. Las ayudas públicas operan, de este modo, como un efectivo título de intervención económica.

2. Tipificación de las medidas de fomento; en especial la subvención

La variedad de medios y técnicas al servicio de la acción de fomento se ha intentado sistematizar por la doctrina desde distintos puntos de vista. Ya JORDANA DE POZAS² diferenciará, atendiendo al tipo de ventajas que se otorgan, los medios de fomento positivos y negativos. Considera positivos los que otorgan prestaciones, bienes o ventajas a favor de quien realice la actividad que se trata de estimular; mientras que, por el contrario, serán negativos los que constituyan obstáculos o cargas que se crean, precisamente, para dificultar por medios indirectos aquellas actividades contrarias u opuestas a las que la Administración quiere fomentar. Fácilmente se comprende, sin embargo, que esta división encierra en sí misma la negación de la especificidad de la noción de fomento, al incluir como medios o instrumentos del mismo, supuestos -piénsese en los medios negativos-, que en forma alguna pueden serlo.

Desde el punto de vista objetivo, es decir, del tipo de ventajas, diferenciaba el citado autor las medidas honoríficas, económicas y jurídicas atendiendo al estímulo del hombre en el honor, el derecho y el provecho. Distinciones y recompensas, títulos nobiliarios, fórmulas de enaltecimiento social del beneficiado, entrarían entre las del primer grupo, hoy, ciertamente, con un alcance por demás accesorio.

² L. Jordana de Pozas: *Ensayo de una teoría de fomento en el Derecho Administrativo*; en *Revista de Estudios Políticos* n° 48 (1949).



Heterogéneos y variados son los llamados medios de fomento jurídico que, en ocasiones, han podido representar una auténtica situación de privilegio; o, más propiamente incluso, de derogación singular de situaciones establecidas con carácter general: otorgamiento en exclusiva de fabricación o comercialización de determinados productos; condición de beneficiario en materia de expropiación forzosa; régimen específico para la modificación, suspensión o extinción de las relaciones laborales, etc.

Las medidas de fomento de carácter económico por su parte, engloban también fórmulas distintas; engloban las subvenciones, anticipos reintegrables, garantías de interés, exenciones fiscales, líneas especiales de acceso al crédito, sistema singular de avales, etc. Una gama de medidas de fomento de carácter económico que reviste obviamente una creciente variedad a la vista de la variedad misma que también de modo creciente presentan los mercados financieros. Medidas de fomento económico que acostumbra a diferenciarse en las positivas -que suponen la percepción directa de una prestación que se recibe- y en las negativas, en las que el beneficio es la exoneración de una carga o de una obligación de carácter patrimonial, cuyo supuesto más característico son las bonificaciones fiscales.

Señalemos también, por último, que es costumbre diferenciar igualmente las ayudas de las recompensas. Las primeras se refieren a actividades por desarrollar o en trance de ser desarrolladas, en tanto que las segundas, a actividades o conductas ya desplegadas.

Hay que notar también que, incluso conceptualmente, el Derecho comunitario europeo, en la regulación de las ayudas estatales, adoptará un criterio amplísimo. Y ello, nótese bien, desde una perspectiva limitativa: considera incompatibles con el mercado común, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones (art. 92 del Tratado de Roma). Y este mismo criterio sigue actualmente la Ley General Presupuestaria española que disciplina y regula el otorgamiento de "ayudas y subvenciones públicas" y que comprende en tal concepto "toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el Estado a favor de personas o entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover

la consecución de un fin público", así como "cualquier tipo de ayuda que se otorgue con cargo al Presupuesto del Estado, y las subvenciones o ayudas financiadas, en todo o en parte, con fondos de la Unión Europea".

Notemos, por su importancia, que la afectación al fin, más que el medio o instrumento, es lo que caracteriza a la acción de fomento. Principio de carácter general que, por su singularidad, cabe notar tipifica ahora el Código Penal español (art. 308 del Código Penal de 23 de noviembre de 1995) al sancionar al "que obtenga una subvención, desgravación o ayuda de las Administraciones públicas de más de diez millones de pesetas falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido" y "al que en el desarrollo de un actividad subvencionada con fondos de las Administraciones públicas, cuyo importe supere los diez millones de pesetas, incumpla las condiciones establecidas alterando sustancialmente los fines para los que la subvención fue concedida".

Las acciones de fomento son reconducibles a una unidad de concepto desde la perspectiva de su funcionalidad. Es tarea en la que ha insistido la doctrina obstante, en su régimen jurídico presentan notables diferencias. En particular, hay algo que conviene tener muy claro. Las medidas de fomento de carácter económico a considerar son variadas en extremo. Su régimen jurídico es el que institucionalmente les corresponde según su distinta naturaleza (exenciones fiscales, subvenciones, créditos, avales, etc.). Es cierto que hay siempre, como se dijo, una serie de elementos comunes a todas. Entre ellas ocupan un papel prevalente las subvenciones; de ahí, que deban considerarse en su singularidad con un cierto detenimiento.

Resulta obligado comenzar por referir, a modo de auténtico presupuesto, algunas precisiones sobre los debates doctrinales habidos en torno al alcance que presenta el concepto mismo de subvención: en cierto modo, determinan la extensión misma que, en su caso, reciben las diferentes fórmulas de acción administrativa de fomento en el ámbito económico.

La problemática que acaba de enunciarse es ya antigua. Tiene un evidente arraigo y ha suscitado no pocos debates doctrinales en los que, en ocasiones, todavía se continúa insistiendo. No obstante, es obligado advertir que la polémica suscitada resulta no poco artificiosa; y, a la postre, no es sino



un puro debate semántico. Bien es cierto, sin embargo, que en ocasiones no son ajenas a ella las expresiones mismas que recoge el propio Derecho positivo que, en cierto modo, alteran incluso el sentido propio de las palabras.

Hay un concepto de subvención -el Diccionario dice que es la cantidad con que se viene en auxilio de alguno-, según el cual, y en términos jurídicos, sería la atribución patrimonial, principalmente entrega de dinero, que se recibe de la Administración a fondo perdido y que modalmente debe ser aplicado a una determinada finalidad. Este concepto tradicional, sin duda alguna el más propio, y que en fecha reciente ha sido brillantemente desarrollado por G. Fernández Farreres, ha vuelto a ser cuestionado por un sector de la doctrina. La subvención -se entiende- es, por el contrario, todo auxilio económico que produce un determinado enriquecimiento en quien lo recibe, bien por la percepción directa de una cantidad, bien por la de algún otro beneficio, siempre de carácter económico. Así, habría que incluir dentro del concepto, préstamos con reducidos intereses, exenciones fiscales, preferencias en créditos, avales, etc. etc. En definitiva, se trataría del concepto que ya había establecido el artículo 24 RS, al señalar que "se considera como subvención cualquier auxilio directo o indirecto, valorable económicamente a expensas de las Entidades locales y que otorguen las Corporaciones y, entre ellas, las becas, primas, premios y demás gastos de ayuda personal".

La expresión recogida permite señalar que el primero de los conceptos expuestos sería, en cierto modo, el concepto de "subvención en sentido estricto" o "subvención directa", mientras que el término sería predicable en su aceptación genérica de todo beneficio económico percibido de la Administración con objeto de fomentar o impulsar determinadas actuaciones que pueden considerarse de interés general. En tal caso, el concepto de subvención englobaría, por tanto, la práctica totalidad de las medidas de fomento de carácter económico.

¿Cabe de lo dicho derivar una polémica acerca del concepto mismo de subvención? Polémica ya antigua -se ha señalado-, en gran medida artificiosa y carente de sentido. En buena parte, simple juego de palabras. Entiendo que asumiendo el que se ha considerado como concepto tradicional, resulta luego indiferente calificarlo de "subvención directa", "sub-

vención en sentido estricto" o, incluso, simplemente de subvención. Un concepto que, en cualquier caso, es preciso diferenciar: y ello, sencillamente, porque desde una perspectiva jurídico-institucional la subvención así entendida ofrece unos perfiles definidos y concretos -en los que más adelante se insistirá-, que la diferencian con toda claridad de las otras medidas de fomento de carácter económico, como pueden ser un crédito, una exención, una bonificación fiscal o un aval. La común ordenación teleológica de carácter material, concurrente en todas estas medidas de fomento, no permite desdibujar sus rasgos institucionales dándoles a todos ellos un tratamiento unitario: jurídicamente son instituciones del todo distintas y, por ello mismo, no pueden reconducirse a un único concepto. Planteamiento que, sin embargo, no es obstáculo para reconocer -conviene insistir en ello- que con independencia de la distinta naturaleza jurídica de cada una de esas figura hay una cierta problemática común, es, precisamente, la que ahora trataré de referir.

3. Principios institucionales: intercambiabilidad y conjunción de las técnicas de fomento; su carácter finalista y su consideración como título habilitante para la actuación administrativa

En relación con lo que acaba de indicarse, y no obstante la diversidad de las técnicas de fomento, todas ellas responden a una serie de principios institucionales comunes que, en cierto modo, determinan su significado y operatividad y a los que, muy en síntesis trataré de referirme.

En primer lugar, el que se ha llamado principio de intercambiabilidad o convertibilidad de las distintas técnicas de fomento. Estas son simples medios para obtener unos resultados que, desde luego, pueden alcanzarse a través de fórmulas diferentes: así, el fomento de la producción de unos determinados bienes puede alcanzarse, por ejemplo, subvencionando su fabricación, eximiendo a ésta del pago de impuestos, o desgravando la importación de materias primas que a tal fin puedan ser necesarias. Las consecuencias jurídicas de las técnicas de fomento empleadas en cada caso son evidentemente distintas. No obstante, diríase que la utilización de unas u otras es en cierto modo accesorio; o, al menos, intercambiable. Más todavía: hay entre todas ellas una cierta equivalencia instrumental: son en gran parte, como digo, alternativas intercambiables.



Ahora bien, junto a lo dicho, hay que notar también que si las técnicas de fomento son intercambiables no son entre sí excluyentes. En muchos supuestos se enuncian en su singularidad. Lo más frecuente, sin embargo, es que se prevea la utilización de varias de ellas, bien en forma alternativa, bien con carácter simultáneo y concurrente. La amplitud e intensidad con que todas esas medidas pueden aplicarse de forma conjunta dependerá, en última instancia, del grado de protección y estímulo que precisamente quiera darse a las actividades que se trata de impulsar.

En segundo lugar, se ha indicado también el carácter teleológico y finalista de toda acción de fomento. Se trata, siempre y en cualquier caso, del logro de una serie de objetivos. Su consecución es la que directamente modula la actuación de la Administración; también, la de los beneficiados, cuyos comportamientos quedan así condicionados para el logro de esos fines. Volveré sobre este extremo más adelante.

Por último, si el fomento incide en comportamientos de los particulares beneficiados, actuaciones estrictamente privadas, hay que advertir que aquél ha constituido siempre título habilitante que ha permitido a la Administración intervenir, ordenar y controlar tales actuaciones. Las técnicas de fomento han sido siempre título inequívoco de intervención de los poderes públicos en la actividad privada. Corolario lógico que, sin embargo, no cabe plantear de forma indiscriminada. Y ello porque el principio de mensurabilidad de las potestades administrativas juega aquí con todo su alcance; también, con todo su rigor. De ahí, que sea obligado modular y circunscribir la habilitación que la Administración alcanza, atendiendo únicamente a la finalidad concreta que condiciona todas y cada una de las medidas de fomento. Finalidad que, desde luego, actúa como causa habilitante, auténtica razón de ser, de las funciones de intervención a llevar a cabo por la Administración, pero que, al mismo tiempo, las condiciona y limita.

Las ayudas y subvenciones que un centro escolar pueda recibir para la adquisición de elementos que mejoren el nivel de la enseñanza que imparte, o para la manutención de sus alumnos, explican, con toda lógica, la fiscalización que la Administración pueda realizar. Ahora bien, exclusivamente en relación con tales objetivos. En ningún caso justificarían, por ejemplo, el control ideológico que por esta vía pretendiera llevarse a cabo del centro.

4. Principio de legalidad y actividad de fomento.

Según se ha destacado, en el tema de las ayudas y subvenciones, una de las tradicionales cuestiones a resolver es cuál hay de ser el papel del Parlamento en relación a las mismas, dado que un principio básico a tener en cuenta con carácter general es el de la legalidad de la actuación de las Administraciones públicas. ¿Cómo opera el principio citado en el ámbito concreto de las distintas técnicas de fomento?

En la C.E toda actuación administrativa que incida en los derechos fundamentales a la propiedad privada (art. 33) y a la libertad de empresa (art. 38) necesita cobertura legal habilitante, no limitándose la intervención del Parlamento a fiscalizar la inversión a través de la Ley de Presupuestos. En cualquier caso, y como presupuesto obligado del tema, es considerar la consignación presupuestaria que se presenta como requisito necesario, pero no suficiente, en lo que las medidas de fomento suponen un gasto público. En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha destacado que:

"El principio de reserva de ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero si que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador" (STC 83/1984 de 24 de julio).

En esta materia, se dan una serie de peculiaridades que se derivan de las dos características fundamentales que en ella concurren. En primer lugar, operan los muy singulares matices que el principio de legalidad ofrece en el ámbito financiero y la exigencia, antes enunciada, de que la disposición de fondos públicos cuente con respaldo presupuestario. En segundo lugar, las medidas de fomento establecen un ordenamiento seccional que sitúa a quienes las reciben en una situación de sujeción especial que incide de forma singular en la actuación que realizan, imponiéndoles una serie de comportamientos, así como la asunción de distintos modos, cargas y obligaciones. Una situación que requiere que la Administración cuen-



te en términos suficientes con la habilitación que le permita actualizar y modular debidamente todas esas situaciones. Esta doble perspectiva condiciona y matiza el funcionamiento del principio de legalidad en este campo. Diríase que, en cierto modo, nos encontramos con un plus de vinculación.

El tema es desde luego del mayor interés, y no fácil de resolver. Y ello, porque hay que considerar la extraordinaria heterogeneidad de situaciones y de matices que hay que tener en cuenta en el otorgamiento de los auxilios y medidas de fomento: condiciones subjetivas del beneficiario, actuaciones que en concreto hay que llevar a cabo, inversiones a realizar, etc. Un conjunto de circunstancias, particularizadas por demás, muchas de ellas de carácter marcadamente coyuntural, que impide, con toda lógica que la ley pueda considerarlas a todas con carácter previo. De ahí, el muy amplio margen de actuación que corresponde a la Administración en las distintas fases que resultan de la procedimentalización del sistema.

Reconocimiento obligado que, sin embargo, no impide reconocer que, como consecuencia directa del principio de legalidad, es preciso que el mismo sistema esté debidamente ordenado por la ley. Exigencia, cuyo cumplimiento no queda satisfecho con la mera cobertura de que sea la ley la que, simplemente, enuncie la posibilidad de auxiliar determinadas actuaciones, siendo después la Administración la que concrete y determine libremente los beneficios a recibir, las condiciones para acceder a ellos y las funciones que la misma puede desempeñar. La frecuente expresión de alguna de nuestras leyes, por ejemplo, de que para la realización de determinados planes o actuaciones de carácter económico "se establecerán reglamentariamente los beneficios y auxilios correspondientes, así como las condiciones para su otorgamiento", debe entenderse que no satisface, ni mínimamente siquiera, la exigencia que comporta el principio de legalidad.

Se insiste en el incuestionable margen de valoración que en el otorgamiento de los distintos auxilios y ayudas corresponde lógicamente a la Administración. Es fácil comprender que la ley no puede contemplar en su detalle las situaciones de los distintos sectores económicos o los auxilios a recibir por determinadas empresas para la reactivación de un sector industrial concreto o de una zona deprimida. Esto es cierto; no obstante,

no es óbice para que sea la ley la que deba establecer las hipótesis de hecho que podrán dar lugar a la acción administrativa de fomento, las medidas que a tal fin puedan adoptarse, las condiciones básicas para acceder a ellas, la cuantía que, en su caso, puedan alcanzar, etc. Es después la Administración la que actualiza estas previsiones legales -el ejemplo de las leyes de reconversión y reindustrialización es marcadamente expresivo-: valorar si en relación con un sector concreto, o con unas empresas determinadas, se dan los supuestos considerados en aquéllas y, en su caso, de entre las medidas previstas en la ley, y dentro de los límites establecidos al efecto, señalar las que deben otorgarse, precisando asimismo las actuaciones que debe llevar a cabo quien las recibe.

La determinación, en concreto, del necesario y amplio margen de actuación discrecional que es preciso atribuir a la Administración, presenta no pocas dificultades. En cualquier caso, tales actuaciones están siempre directamente condicionadas por el carácter finalista que presenta toda la actividad de fomento. Condiciones, modos y matices que la Administración debe establecer; no puede hacerlo, sin embargo, de forma libre y arbitraria. Actividad discrecional, sí; por ello que resulte obligado considerar todos los límites que institucionalmente condicionan este tipo de actividad. Algunos de ellos, además, cobran en este ámbito muy especial relieve: así, las condiciones singulares que la Administración impone a los beneficiarios deben ser necesarias; además, entre ellas y los fines que se pretenden alcanzar debe haber la debida adecuación; por su parte, tales condiciones deben ser asimismo proporcionales a los beneficios que se reciban; y, en todo caso, debe imponerse siempre el modo y las cargas menos gravosos.

5. Elementos personales y elementos causales de las subvenciones

A. Los sujetos otorgantes: el tema de las transferencias presupuestarias entre entidades públicas

Los elementos personales de las acciones de fomento son, como es lógico, el otorgante y el beneficiario. El primero debe serlo una Administración pública. El beneficiario es, normalmente, aunque no siempre un particular, personas jurídicas o físicas de carácter privado. En algunos supuestos ostentan un status jurídicamente cualificado; es el caso de los concesiona-



rios de servicios públicos en el que la subvención puede garantizar el equilibrio económico-financiero de la concesión.

No obstante lo dicho, el concepto de beneficiario debe completarse con referencia al fenómeno, crecientemente acentuado, de las llamadas subvenciones "interadministrativas". Es notoria la generalización de las fórmulas anglosajonas de los *grants in aid*, que aparecieron como técnicas del sostenimiento estatal de servicios locales. Hoy están realmente generalizadas con una amplitud notable. Es fácil colegir además el papel que estas fórmulas desempeñan en una ordenación descentralizada y plural del Poder público. Un sector de la doctrina ha insistido en la imposibilidad de referir tales situaciones al concepto de subvención. Es cierto, desde luego, que no responden a la línea que tradicionalmente configura la acción administrativa de fomento, de impulso y promoción a la iniciativa privada. Se insiste también en que, a la postre, se concretan en "meras maniobras o en simples transferencias de unos presupuestos a otros". Estas posiciones tienen la contrapartida de quienes insisten en referir a las transferencias presupuestarias señaladas todas las características institucionales que determinan el concepto de subvención, aunque el procedimiento de su otorgamiento pueda ser distinto. En todo caso, habría que diferenciar en estas transferencias interadministrativas, las finalistas o condicionadas, que suponen un límite a la autonomía de los entes descentralizados, de aquellas otras -incondicionadas- que son un aporte a la Hacienda local o autonómica, o de otras Administraciones públicas, complementario de sus ingresos propios, tributarios o no tributarios, en garantía del principio de suficiencia de tales Haciendas para hacer frente a las competencias que la Ley les ha asignado.

B. Valoración del elemento finalista: consecuencias

Reiteradamente se ha insistido en el significado que el elemento finalista tiene en toda medida de fomento. Es la causa última de la atribución dineraria que recibe el beneficiario. A cambio de su posible realización debe adecuar el ejercicio de su actuación privada a los fines públicos establecidos que sirvieron de base en su momento para el otorgamiento. La subvención, muy lejos de responder a *causa donandi* alguna, inadmisibles por principio en la Administración, obedece a la finalidad de intervenir a través de un condicionado o de un *modus*, libremente aceptado por el particular, en el comportamiento de éste. De ahí, que se haya hablado del

carácter condicional de la subvención, en el sentido de que aparece otorgada bajo la condición resolutoria de que el beneficiario tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actividad. La persona, pública o privada, beneficiaria de la ayuda no tiene libre disponibilidad, dado que, por el carácter finalista de ésta, está comprometido a determinadas obligaciones: realizar la actividad; acreditar su realización; someterse a control administrativo; informar sobre la obtención de otro tipo de ayudas o subvenciones otorgadas para la misma finalidad (art. 81 de la Ley General Presupuestaria). De no satisfacerse el fin de la subvención procede su devolución (art.81.9 LGP).

6. El procedimiento de otorgamiento de medidas de fomento.

El derecho a la libertad de empresa, en definitiva, no es sino una de las expresiones del derecho de libertad: de ello deriva consecuentemente que toda intervención administrativa -y, por supuesto, también las medidas de fomento- exijan, no sólo sometimiento al principio de legalidad sino, además, respeto al principio de igualdad. A este planteamiento responde la regulación de las ayudas y subvenciones que se contienen en la legislación española en la que se impone que las mismas se otorguen "bajo los principios de publicidad, concurrencia y objetividad" (art. 81.6 LGP).

A tal efecto, la Administración pública, concretando los presupuestos legales que puedan establecerse, debe aprobar, y dar publicidad, a las bases reguladoras de la concesión, en las que se contendrá la definición del objeto de la subvención; los requisitos que deben reunir los beneficiarios para la obtención de la subvención o ayuda y medio de acreditarlos; plazo y forma de justificación por parte del beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concedió la subvención y de la aplicación de los fondos percibidos; forma o criterios para conceder la subvención. Se trata, en definitiva, de limitar la potestad discrecional de la Administración en el otorgamiento de las medidas de fomento.

Limitaciones a la discrecionalidad administrativa. Procedimiento reglado para el otorgamiento de las medidas de fomento. Todo ello no supone otra cosa que juridificar la acción unilateral de la Administración. Porque, aunque un sector doctrinal ha insistido, desde diferentes perspectivas, en la naturaleza contractual de la subvención, debe sostenerse con rotundidad



que la relación jurídico-subvencional surge de un acto administrativo necesitado de aceptación, del que nace un derecho de crédito del beneficiario frente a la Administración otorgante. Ello es así por la razón de que el condicionante que toda subvención conlleva no supone vinculación sinalagmática alguna; no hay contraprestación de intereses. La aceptación del beneficiario e, incluso, su propia solicitud, no supone el nacimiento de una relación jurídica de naturaleza contractual.

A pesar del carácter unilateral del acto de otorgamiento de las ayudas, debe entenderse superado -precisamente por los elementos reglados que se imponen en las bases reguladoras de su concesión-, el tradicional criterio del carácter precario del acto de otorgamiento. Ello nos llevaría a una pretendida libre revocabilidad de los actos de otorgamiento, que carece de todo fundamento en cuanto, como se ha señalado, otorgada la subvención, nace un derecho subjetivo del beneficiario que no puede ser desconocido. Sin embargo, como ha puesto de relieve Fernández Farreres³ la libre revocabilidad del acto de otorgamiento de medidas de fomento ha sido admitida por el Tribunal Constitucional español cuando aquellas consisten en el otorgamiento de beneficios fiscales. La STC de 4 de febrero de 1983 dirá, al respecto, que:

"Las normas que establecen exenciones o reducciones tributarias crean ciertamente situaciones jurídicas individualizadas en favor de los beneficiados. Puede discutirse doctrinalmente cuál es la naturaleza del poder jurídico que se atribuye a los sujetos, a los que la norma previene que les sea aplicada la exención o bonificación, pero no cabe duda que, en definitiva, tal poder consiste en no satisfacer un determinado tributo o en satisfacerlo en una cuantía menor que la prevista con carácter general. Algún autorizado sector doctrinal ha sostenido que en la exención de carácter general existe un derecho subjetivo al disfrute de la misma, que no puede ser suprimido ni suspendido durante su tiempo de vigencia, de manera tal que la derogación de las normas en que la exención hubiera sido concedida no puede acarrear la pérdida de ese derecho, ni puede éste tampoco verse afectado por otras normas posteriores que supriman explícitamente las exenciones, porque en tal caso estaríamos en un supuesto de violación de derechos tributarios adquiridos. Sin embargo, a nuestro juicio, es más correcto entender que el llamado derecho a la exención o a la bonificación tributaria es simplemente un elemento de la relación jurídica obligacional, que liga a la Administración y al contribuyente y

³. G. Fernández Farreres: *"De nuevo sobre la subvención y su régimen jurídico en el derecho español"*, en *Revista de Administración Pública* n° 113 (1987), pág. 53. Este autor lo es también de una muy importante y amplia monografía sobre el tema, realmente modélica, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, 1983.

que no integra el derecho de propiedad. El objeto de la exención es distinto del objeto sobre el que recae el derecho real. Por ello, no puede hablarse en puridad de un auténtico derecho a la bonificación tributaria o al mantenimiento del régimen jurídico-tributario de bonificación, que pueda entenderse incorporado al patrimonio de los titulares del dominio gravado...".

Ahora bien, fuera de este supuesto en que una ley modifica la relación jurídico-subvencional, la Administración carece de facultades para revocar o reducir, en cualquier momento, las ayudas concedidas.

Distinta es la cuestión de si, establecido un sistema subvencional con carácter abierto, puede la Administración, por insuficiencia de créditos presupuestarios negar las mismas a quienes han adecuado su conducta a los requisitos establecidos en la confianza de que serán beneficiarios de las ayudas. En estos casos, la Jurisprudencia española ha sostenido la necesidad de proteger la confianza legítima del ciudadano cuando ésta está basada en actos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes, para que induzcan racionalmente a aquél a realizar determinados actos e inversiones de medios personales o económicos, que después no concuerdan con las verdaderas consecuencias de los actos que realmente y en definitiva son producidos con posterioridad por la Administración (STS de 8 de junio de 1990). Razonando la STS de 13 de febrero de 1992 que:

"...en virtud del principio de confianza legítima acuñado por el Tribunal Internacional de la Comunidad Europea que como trasunto del principio de la "*bona fides*" aplicado por los Tribunales españoles, en la posible pugna entre el principio de legalidad y el de seguridad jurídica protegido por la Constitución de 1978 cuando del actuar de la Administración se trata, ha de primar el segundo sobre el primero, cuando aquélla por actos ostensibles y externos da motivo a que los ciudadanos, que confiando en el mandato constitucional que la obliga a actuar conforme al ordenamiento jurídico, realizan determinados actos en la fundada creencia que han de ser reconocidos al final del expediente y que de no existir esa fundada confianza en los actos externos de la Administración el ciudadano normalmente no los habría realizado. Pues como tiene declarado esta Sala el principio constitucional de seguridad jurídica reclama dentro de un trato igual para todos en circunstancias iguales, una protección de la confianza legítima de los ciudadanos en sus pretensiones que han de ser resueltas del mismo modo y alcance que lo fueron otras en idénticas condiciones, todo ello dentro de la legalidad establecida y sin discriminaciones injustificadas".



7. El control de las medidas de fomento

La actividad administrativa de fomento ofrece también una serie de peculiaridades por lo que se refiere a su control.

En primer lugar, y dado el contenido de tal actividad, su fiscalización resulta obligado referirla a los distintos procedimientos de control interno del gasto público. Es principio general, de remisión obligada. Se aludió ya al significado que, en concreto, ofrecía en tal sentido la preceptiva autorización del gasto requerida para la puesta en práctica de buena parte de estas medidas. No hay en ello, como se dice, especialidad alguna en relación con el control de cualquier tipo de actuación administrativa que, de una u otra forma, suponga utilización de fondos públicos. Eso sí, conviene advertir el alcance que en relación con las medidas de fomento tienen algunos de esos procedimientos de control financiero, al extenderse al denominado "control crítico", que supone un juicio sobre la eficacia del gasto, su rendimiento, economía, utilidad e, incluso, sobre su propia oportunidad.

En segundo lugar, observar que si en lo dicho hasta ahora no hay singularidad alguna, ésta radica en que las fórmulas de control de la actividad administrativa señalada se extienden también, en principio, a las actuaciones de los particulares que se benefician de las distintas medidas de fomento. Es este extremo a tener muy en cuenta. El título de tal posibilidad se fundamenta, precisamente, en constatar la correcta utilización -utilización, en las condiciones previstas- de los auxilios y fondos percibidos, extendiéndose y permitiendo así que la Administración ordene y fiscalice la actividad que al efecto llevan a cabo los administrados.

El tema referido, de trascendencia incontestable, ha pretendido explicarse doctrinalmente, señalando que los beneficiarios de los auxilios deben entenderse como integrantes del sector público: también ellos "administran o utilizan caudales públicos". La solución, sin embargo, parece poco convincente. El artículo 4 LOTCu diferencia nítidamente el supuesto del sector público de el de los particulares que perciben auxilios y ayudas económicas. No cabe confundirlos. Además, una vez recibidos esos auxilios se incorporan al patrimonio de las personas beneficiadas y pierden su consideración como fondos públicos. En mi opinión, la cuestión que se refiere debe plantearse de modo distinto. Tiene, además, mucho mayor

alcance. En cierto modo, el planteamiento expuesto viene a constituir una inequívoca *publicatio* de la actividad privada que recibe los auxilios, en cuanto queda sometida a la fiscalización del Tribunal de Cuentas en todo lo que se refiere a su empleo efectivo en el cumplimiento de los fines concretos para cuya consecución se otorgaron. Fiscalización, cuyos perfiles se acentúan mayormente si consideramos que también respecto a esta actividad de los particulares, la que lleva a cabo el Tribunal de Cuentas, lo mismo que la que previamente realiza la Intervención General no se refiere sólo a aspectos de legalidad, sino que incide también en la eficiencia, utilidad y economía de lo actuado por los preceptores de los beneficios.

La fiscalización por parte del Tribunal de Cuentas del sector privado que percibe auxilios y ayudas económicas, debe ajustarse a los procedimientos establecidos a tal fin que, en definitiva, remiten a las Cortes Generales, el ejercicio último de esas funciones de control (art. 136 CE; arts. 13, 14, 45 y Disposición transitoria 1ª de la LOCTu). Estas las ejercen por medio de la correspondiente Comisión Mixta de ambas Cámaras que, de acuerdo con la tipología establecida en el Reglamento del Congreso de los Diputados, tiene el carácter de Comisión parlamentaria permanente no legislativa. Concluye con ello, con la intervención de órganos parlamentarios, el proceso de control de actividades privadas beneficiadas con auxilios y ayudas de carácter económico.

En tercer lugar, el control del acto de otorgamiento por los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Control que ha encontrado tradicionalmente la dificultad de la caracterización de tal acto de otorgamiento como incardinado en las potestades discrecionales siendo referibles naturalmente todas las fórmulas de control jurisdiccional sobre la actividad administrativa que es resultado del ejercicio de estas potestades. De todos modos, interesa advertir que el control jurisdiccional de la actividad de fomento requiere que ésta sea considerada, básicamente, desde su perspectiva procedimental: esto es, valorando y distinguiendo las distintas fases a través de las que se lleva a cabo. Una tarea que se plantea desde dos niveles distintos.

Por una parte, desde la que precisamente se ha llamado teoría del "doble nivel", elaborada básicamente por la doctrina alemana. Las medidas de fomento, es cierto, se actualizan, se hacen efectivas en no pocos supuestos



a través de procedimientos de derecho privado; basta recordar, por ejemplo, entre otras muchas, todas las de carácter crediticio. Ahora bien, con carácter previo a estas actuaciones acostumbra a haber siempre otras de carácter administrativo, que califican la actividad, que subsumen el supuesto concreto de que se trata en los tipos que de aquella se hayan previsto para recibir los auxilios y que, en definitiva, son las que otorgan los beneficios. Las medidas de fomento las actualiza la Administración de forma procedimentalmente escalonada: se sirve de técnicas de distinta naturaleza, si bien es fácil constatar la inequívoca presencia de actuaciones jurídico-administrativas. Con ello se abre así la vía para poder constatar de modo fehaciente la vinculación de esta actividad de fomento al ordenamiento jurídico en general, y de modo muy concreto, a los derechos fundamentales y a la eficacia de esos mismos derechos en relación con terceros. Relación, pues, entre las diversas fases procedimentales a través de las que se lleva a cabo la acción de fomento y que permite individualizar una acción administrativa que directamente abre acceso a los Tribunales de Justicia para el enjuiciamiento de tal actividad.

Por otra, en la que también hay que insistir, derivada igualmente de la procedimentalización de la actividad administrativa de fomento, y que es consecuencia de su creciente consideración como fórmula para llevar a cabo la ejecución de distintos planes administrativos. El otorgamiento de auxilios y ayudas forma parte, en tal caso, de la actividad que la Administración cumple para la puesta en práctica de los referidos planes. A tal fin, es frecuente que mediante fórmulas de licitación o de concurso se seleccionen quiénes han de participar en esa ejecución y, consecuentemente, recibir los beneficios correspondientes. De modo que la fórmula tradicional de auxilios y ayudas rogados se sustituye por el de los auxilios concursados. Y al predeterminarse los criterios para su otorgamiento, el ámbito de las valoraciones a realizar posteriormente por la Administración queda manifiestamente reducido. Se objetivizan en cierto modo con carácter previo, al concretarse las pautas que preceptivamente hay que asumir para la adjudicación de las ayudas cuyo otorgamiento se licita. De ahí, que jueguen con todas las consecuencias institucionales los principios propios del sistema de concursos convocados por la propia Administración. Hasta el extremo, que en tales casos puede hablarse, incluso, de un auténtico derecho al otorgamiento de los auxilios y ayudas de carácter económico por quien se ajuste a tales criterios.

La posibilidad que ofrece el doble orden de consideraciones señaladas, facilitan evidentemente el control efectivo de la Administración de fomento por parte de los Tribunales.

He tratado de exponerles unas reflexiones generales sobre las medidas de fomento y, muy singularmente, sobre la subvención o subsidios administrativos. He tratado de considerar, naturalmente, el esquema institucional referible a las mismas. Un esquema de carácter evidentemente formal que en cada momento aparecerá precisado por las opciones políticas o, más concretamente si se quiere, de política económica que se adoptan. De ahí, precisamente la importancia de destacar la flexibilidad que estas medidas ofrecen o pueden ofrecer, en orden a la actualización de las previsiones que en su caso se fijen.

**LA HUIDA DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO**



LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

**Por Blanca Lozano
Profesora Titular de Derecho Administrativo
de la Universidad Nacional de Educación a Distancia**

I. INTRODUCCION

La cuestión de la creciente aplicación del derecho privado a la actividad de la Administración, a la que se ha dado en llamar, utilizando una expresión acuñada por el jurista suizo Fleiner, como "huida del Derecho Administrativo" o "huida al Derecho Privado", es sin duda una de las mayores preocupaciones de los estudiosos del Derecho Administrativo en España. Así lo demuestran los numerosos trabajos que últimamente han tratado este tema, pudiendo destacarse, como aportación más reciente un estudio del profesor Sebastián MARTIN- RETORTILLO, participante en estas Jornadas, que acaba de publicarse en el último número de la Revista Española de Derecho Administrativo ¹.

Este autor, como la mayoría de la doctrina, ha resaltado la gravedad que reviste este fenómeno y las negativas consecuencias que está teniendo en cuanto disminuye los controles y las garantías sobre la actuación de la Administración. He de adelantar que yo me adhiero a esta opinión y que considero que esta pretendida huida al Derecho privado no es, en realidad, sino una huida del Derecho, un fraude, por así decirlo, al ordenamiento jurídico vigente en nuestro país.

Pero antes de entrar en la crítica de este fenómeno conviene explicar un poco en qué consiste y cómo se ha producido.

¹ *Reflexiones sobre la "huida" del Derecho Administrativo*, Núm. 140, mayo- agosto de 1996, pp.25 y ss.

II.

LA GENESIS DEL FENOMENO DE LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD INDUSTRIAL DE LA ADMINISTRACION BAJO LA FORMULA SOCIETARIA Y SUJETA AL DERECHO PRIVADO.

El derecho administrativo se caracteriza en España, en cuanto país tributario del sistema de régimen administrativo francés, por ser un derecho especial aplicable a la Administración, un derecho diferente del Derecho Común aplicable a las relaciones entre particulares. Se trata de un derecho que con reglas propias viene en cierto sentido a reduplicar las instituciones del Derecho civil (como ocurre con los actos y contratos administrativos, con el dominio público y con la responsabilidad patrimonial), del Derecho laboral (como es el caso del empleo o función pública), o del Derecho mercantil (como ocurre con las empresas y organización administrativa), y para cuya garantía existe en sede judicial un orden jurisdiccional especial que es la jurisdicción contencioso administrativa.

Este derecho especial se caracteriza, según la formulación ya clásica de Jean Rivero en Francia, por una serie de derogaciones en más y en menos respecto del derecho común aplicable a las relaciones entre particulares. Por lo que respecta a las derogaciones en más, la Administración ostenta importantes privilegios y excepciones frente a la actividad judicial, como son, por ejemplo, la ventajosa posición de la Administración en los procesos a través del privilegio de la decisión previa y de la ejecutoriedad de los actos administrativos o la prohibición general de formular interdictos posesorios contra la Administración y la necesaria formalización de recursos ante la propia Administración con carácter previo al proceso judicial.

Pero el régimen de Derecho administrativo, si bien comporta para la Administración derechos y prerrogativas exorbitantes de los que ostentan los particulares en sus relaciones, implica también, por otra parte, una serie de reglas, limitaciones y sujeciones que estos no tienen. Algunas limitaciones consisten en principios generales que afectan a toda la actuación de la Administración, como ocurre con la imposición a la misma de los fines a conseguir, pues mientras los particulares eligen libremente los objetivos de sus actos, con la reserva de no perseguir fines ilícitos o inmorales, la Administración no debe actuar más que con vistas al interés públi-



co, pues, como dice el art. 103 de nuestra Constitución, su función es la de servir "con objetividad los intereses generales". En el plano concreto, son numerosas las instituciones del Derecho administrativo que limitan el poder de la Administración en relación al Derecho privado, como por ejemplo, la obligación de reclutar a su personal por medio de los sistemas de concurso u oposición, o la obligación de respetar la afectación dada a sus bienes de dominio público, o la necesidad de vender sus bienes por medio del sistema de concurso público. La Administración debe actuar además, en todo caso, por medio de un procedimiento formalizado y sometido por regla general a la forma escrita de manifestación.

Pues bien, tradicionalmente este régimen administrativo abarcaba la casi totalidad de los actos de la Administración. La Administración actuaba bajo formas de personalidad jurídico- pública y con sometimiento casi pleno al Derecho administrativo. De la aplicación de este derecho sólo se excluían los denominados contratos privados de la Administración cuyo contenido, por versar sobre derechos civiles, había de sujetarse al Derecho privado y cuyo control se encomendaba a la Jurisdicción ordinaria, y aun en estos casos debían respetarse los procedimientos administrativos de selección de contratistas.

Ya desde principios de este siglo comienza, sin embargo, la utilización por la Administración de fórmulas societarias de Derecho privado, las mismas que utilizan los empresarios particulares, para desarrollar una actividad mercantil o industrial, una vez superado el dogma decimonónico de la incapacidad industrial del Estado. Con anterioridad, la actividad industrial de la Administración era reducida aunque no inexistente, pues ya desde muy antiguo, como puede verse en la Novísima Recopilación (1805), se han considerado como parte de las funciones municipales las de comercio de artículos estancados, molinos, serrerías, explotación de salinas, y en el siglo XVIII encontramos las Fábricas Reales creadas para el fomento de la industria de tapices, porcelanas, armas, tejidos etc. Sin embargo estos establecimientos reales se regían por un Estatuto, que aunque singular era en todo caso de Derecho público.

Por ello, el punto de partida de la aplicación del Derecho privado a la actividad industrial del Estado debe situarse a principios de este siglo durante la Dictadura de Primo de Rivera, al reconocerse en el Estatuto municipal de Calvo Sotelo de 1924 la posibilidad de que los Ayuntamientos

utilizaran la fórmula societaria para la gestión de servicios públicos. Se admitió que los servicios locales fueran administrados en forma de empresa privada como alternativa normal a la gestión directa por el Ayuntamiento.

Posteriormente, durante el Régimen del General Franco, la utilización por la Administración de Sociedades Privadas Mercantiles se generalizará a la Administración del Estado, con la creación por la Ley de 25 de noviembre de 1941 del Instituto Nacional de Industria, el INI, que a imagen y semejanza del IRI italiano, es autorizado para utilizar "los métodos de las sociedades anónimas privadas para sus fines estatales". Importante en este proceso será la reforma en 1951 de la Ley de Sociedades Anónimas, que precisamente para facilitar a las Administraciones actuar en forma privada, admitió como excepción al requisito general de la constitución de estas sociedades con un mínimo de tres socios, que pudiesen crearse sociedades anónimas con un sólo socio cuando fueren promovidas por organismos estatales, provinciales o municipales.

Este fenómeno de la actuación de la Administración a través de la creación de sociedades de capital íntegra o mayoritariamente público fue objeto de un riguroso estudio en 1950 por parte del profesor J.L. VILLAR PALASI² que formuló una teoría, que ha tenido gran aceptación, sobre las causas del mismo. A juicio de este autor, la remisión al Derecho privado de la actividad del Estado se justifica únicamente cuando se trata de una actividad industrial productora de bienes materiales, pues en este caso la aplicación del Derecho administrativo resulta inadecuada, dado que la actuación del Derecho público responde al criterio de exclusividad monopolística y al ejercicio de prerrogativas exorbitantes por parte de la Administración, mientras que la gestión económica supone una actividad en el mercado en posición de competencia e igualdad con la actividad privada. Afirmaba en consecuencia Villar que la aplicación del Derecho privado a la actividad administrativa debía limitarse a la actividad industrial productora de bienes materiales, careciendo de justificación en otros ámbitos como el de la prestación de servicios públicos municipales.

Tras el reconocimiento doctrinal, la consagración definitiva de la actividad industrial de la Administración bajo la fórmula societaria y sujeta al

² *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*, en "Revista de Administración Pública", núm.3, 1950.



Derecho privado se va a producir por vía legal en la llamada Ley de Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958, pues esta Ley, junto a la categoría tradicional de organismo autónomo, que es una entidad de derecho público que permite la descentralización funcional de determinados servicios públicos o actividades de la Administración, va a reconocer una nueva categoría de entes instrumentales, la de las Empresas Nacionales, que define como "aquellas creadas por el Estado, directamente o a través de organismos autónomos, para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transporte u otras análogas de naturaleza y finalidades predominantemente económicas" (art. 4º). Se trata de empresas mercantiles en cuyo capital es mayoritaria la participación pública y su existencia se justifica en el Preámbulo de la Ley por la necesidad de "procurar a la Administración una libertad de movimientos difícilmente conciliable con las normas más formalistas del Derecho administrativo".

En todo caso, hay que señalar que todavía en esta ley y en esta época la aplicación del Derecho privado a la actividad administrativa era muy reducida, pues se limitaba a actividades de naturaleza propiamente económica. Todo lo más y a nivel local, las empresas con participación pública desempeñaban la prestación de algún servicio municipal, y ello en un régimen de relación con la entidad local similar al de los concesionarios de servicio público, pero en ningún caso se acometía por esta vía la realización de actividad administrativa de ningún tipo.

III. LA APLICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO AL EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS MEDIANTE LA TRANSFORMACIÓN DE LOS ESQUEMAS ORGANICOS Y OPERATIVOS DE LA ADMINISTRACION ESPAÑOLA.

Como acaba de recordar el profesor Sebastián MARTIN RETORTILLO en el artículo citado, la verdadera huida del Derecho administrativo por parte de la Administración se produce cuando empiezan a ejercerse actividades con arreglo al Derecho privado en ámbitos que exceden del puramente comercial o industrial. Esto puede decirse que tiene su punto de partida, sin dejar de reconocer posibles antecedentes, en las posibilidades que

al efecto estableciera la Ley General Presupuestaria (en adelante, LGP) de 4 de enero de 1977.

Esta ley puso en efecto las bases para permitir la actividad de la Administración con arreglo al Derecho privado en ámbitos que exceden del puramente comercial o industrial, y ello porque vino a romper con la tradicional correspondencia entre personificación pública y régimen jurídico público (esto es, las entidades constituidas bajo una forma de Derecho público han de actuar sometidas a un régimen jurídico público, al Derecho Administrativo y sólo las constituidas en forma jurídico privada, por ejemplo, las sociedades, pueden actuar con sujeción al Derecho privado). Con este esquema rompe la LGP al reconocer, junto a las anteriores Empresas Nacionales que ahora designa como Sociedades Estatales, un nuevo tipo de organismos también denominados Sociedades Estatales, que define como Entidades de Derecho Público que por ley sujetan su actividad al Derecho privado. Estos entes, según dice la LGP, se regirán por las normas de Derecho mercantil, civil o laboral, salvo en las materias en las que les sea de aplicación dicha LGP.

En realidad, ya existían algunos supuestos de organismos de carácter y personificación jurídico-pública que desarrollaban su actividad con arreglo al Derecho privado, por lo que esta ley lo que hizo fue reconocer la categoría con carácter general.

El antecedente más antiguo o primer exponente de esta fórmula que nació como excepcional y ha acabado por convertirse en un modo normal de organización de la Administración, lo encontramos en el Estatuto de la red nacional de ferrocarriles españoles, la llamada RENFE, aprobado por una Ley de 24 de enero de 1941, tras nacionalizarse las concesiones ferroviarias existentes mediante su reversión anticipada al Estado, que configuró esta institución como una Entidad con personalidad jurídica de Derecho público actuando en régimen de empresa mercantil, lo que implica que a pesar de configurarse como un ente público, no como una sociedad mercantil, todo el conjunto de su actividad quedaba regida por el Derecho privado, de tal forma que no sólo las relaciones de la RENFE y los usuarios del servicio ferroviario que ésta presta en monopolio se consideraron objeto de un contrato mercantil de transporte y se sometieron, en consecuencia, al Derecho privado, sino que además todos los contratos



de obras, servicios y suministros que ésta celebra y su personal, toda su actividad logística en definitiva, quedó excluida sin razón alguna de los procedimientos del Derecho administrativo y remitida al Derecho privado.

Con este tipo de entidad pública pero sometida al derecho privado, que se inició con la RENFE y que luego tuvo su continuación en el Banco de España, nacionalizado por un Decreto Ley de 1962 y con los Estatutos de los Puertos de diversas ciudades españolas, lo que se pretendía, como denunció la doctrina, era no solamente excluir de la Ley de Procedimiento Administrativo el régimen de los acuerdos de sus órganos directores y gestores, o someter a su personal al régimen laboral o civil, sino que se pretendía también un régimen de "manos libres" en sus contratos logísticos de inversión en infraestructuras y obras públicas, pues estos contratos se caracterizarían como civiles con dispensa de la aplicación de las normas sobre selección de contratistas, de la publicidad y la concurrencia.

El art.6 de la LGP de 1977 va a generalizar este tipo de entidades públicas sometidas a Derecho privado, que va a denominar erróneamente como *Sociedades Estatales*, puesto que como hemos dicho, no se trata de Sociedades sino de Entes públicos de personificación creados por la Ley.

Desde este reconocimiento legal, este tipo de Sociedades Estatales han proliferado mucho en nuestro país, lo que responde, como ha señalado A. SANTAMARIA PASTOR³, a un doble orden de motivos:

- Por un lado, como ya hemos señalado, a una huida consciente y sistemática del Derecho Administrativo, de su rigidez y de sus controles en materia presupuestaria, contractual, de personal y de bienes.

- Y, en segundo lugar, a una huida también del control parlamentario sobre sus presupuestos, con la consiguiente creación de reductos exentos de fiscalización política en favor del Gobierno. Hay que señalar en este sentido que, de acuerdo con la LGP, los presupuestos de las Sociedades Estatales no se someten, como los de los organismos autónomos, a aprobación parlamentaria, pues se limitan a elaborar un programa de Actuación, Inversiones y Financiación que es aprobado en última instancia por

³ *Fundamentos de Derecho Administrativo*, ed. CEURA, Madrid, 1988, pg.1190.

el Gobierno, lo que explica la proliferación en estos últimos años de este tipo de entes.

Esta "dolosa" fuga del derecho público se ha realizado también mediante la creación de otros tipos de entidades que resultan inclasificables en ninguno de los conceptos legales a los que R. PARADA ha designado expresivamente como entes "atípicos o apátridas" ⁴. Ello ha llevado a reformar el art.6 de la LGP (en la modificación de esta Ley realizada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1988), a fin de reconocer, en su párrafo 5º, una nueva categoría de entes del sector público que constituye un auténtico "cajón de sastre" en el que se incluyen, como dice el precepto, "El resto de Entes del sector público estatal no incluidos en este artículo ni en los anteriores", a los que sólo será de aplicación su normativa específica y la LGP, aunque esta última sólo en aquellos aspectos en los que expresamente se refiera a ellos o de modo supletorio en las materias no reguladas en sus normas específicas.

Precisamente por esta vía ha irrumpido el Derecho Privado en el Ministerio de Hacienda, el centro neurálgico de la Administración Pública, aunque sólo en el aspecto logístico o instrumental para el cumplimiento de la función recaudatoria. Debe señalarse en este sentido que la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1991 ha creado la denominada Agencia Estatal de la Administración Tributaria, que se constituye como un Ente de Derecho Público del art.6.5 de la LGP y al que se encomienda "la gestión, inspección y recaudación del sistema tributario estatal y de aquellos recursos de otras Administraciones públicas nacionales o de las Comunidades Europeas que se le encomienden". La singularidad de esta nueva entidad es que mientras los actos que dicta en el ejercicio de funciones propiamente públicas (gestión, inspección y recaudación) se rigen por el Derecho Administrativo y tributario y son controlables por la Jurisdicción contencioso-administrativa, lo que es, como dijimos, la actividad de gestión o logística, fundamentalmente los contratos, se sujeta por completo al Derecho privado. Según PARADA, la creación de la Agencia parece haber perseguido los siguientes propósitos: "liberar a la Hacienda de las normas ordinarias del presupuesto de los órganos centrales y de las de contratación administrativa, es decir, de los procedimientos de selección de contratistas, aunque deba acomodarse a los principios de publicidad, concu-

⁴ *Derecho Administrativo, II (organización y empleo público)*, 10ª edición, ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 251 y 252.



rrencia y salvaguarda del interés público; posibilidad de constituir o participar directamente en el capital de toda clase de entidades mercantiles relacionadas con sus fines y configurar un régimen autónomo y estrictamente departamental en la gestión de su personal funcionario y laboral, lo que redundará directamente en una sustancial mejora de las retribuciones" ⁵. Este último aspecto merece destacarse, pues con la creación de la Agencia se ha buscado una mayor competitividad con el sector privado en materia de retribuciones: se trata de retribuir mejor a sus empleados y, además, de hacerlo con los fondos que la propia Agencia recauda, pues esta entidad se financia, además de que con las transferencias consignadas en los Presupuestos Generales del Estado, con un porcentaje de la recaudación que se derive de los actos de liquidación y de gestión recaudatoria propios de la gestión tributaria que tiene encomendada.

Un fenómeno también muy llamativo de la aplicación del derecho privado a entes que ejercen funciones públicas lo encontramos en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, creada por la Ley de 28 de julio de 1988 de reforma del mercado de Valores. Esta Entidad tiene encomendadas las funciones de supervisión, inspección y vigilancia de los mercados de valores y de la actividad de las personas físicas y jurídicas que tienen que ver con él, y ejerce sobre ellas la potestad sancionadora. Se trata de un ente público que sujeta parcialmente su actividad al Derecho privado, es decir, aunque los actos que dicta en el ejercicio de funciones públicas se sujetan al Derecho Administrativo y son recurribles en el contencioso-administrativo, en sus adquisiciones patrimoniales y contratación esta sujeta, sin excepciones, al derecho privado.

Al mismo modelo responde también el ente público "Aeropuertos Españoles y Navegación aérea", antiguo organismo autónomo transformado por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1990 en un ente de derecho público del art.6.5 de la LGP, que se rige por el Derecho privado en todo lo relativo a sus relaciones patrimoniales, contratación y personal, ajustándose en cambio al derecho administrativo en el desarrollo de sus funciones públicas.

La aplicación del Derecho privado ha llegado por último, para no extenderse demasiado en lo ejemplos, a un órgano de naturaleza consultiva,

⁵ *ibid.*, pg.252.

cuya actividad nada tiene que ver con la prestación de un servicio público o con la actividad empresarial y productiva de la Administración, como es el Consejo Económico y Social, regulado por la Ley de 17 de junio de 1991, cuyo único objeto consiste en la emisión de dictámenes e informes en materia social y económica. Este órgano se ha constituido como un ente público del art. 6.5 de la Ley General Presupuestaria, lo que permite que su actividad de contratación se someta al Derecho privado y que su personal escape del régimen de función pública para someterse al Derecho laboral.

A este crecimiento espectacular de entes públicos que a pesar de ejercer funciones públicas sujetan su actividad logística al Derecho privado, hay que sumar durante estos últimos años un doble fenómeno de reconversión de organismos autónomos de carácter administrativo en organismos de carácter comercial, industrial o financiero, que también someten buena parte de su actividad externa al derecho privado, y de transformación de otra serie de organismos autónomos en sociedades estatales. La mayoría de estas entidades han sido creadas o transformadas por las leyes de Presupuestos Generales del Estado, y es interesante señalar, en este sentido, que el TC se pronunció expresamente, en su Sentencia 76/1992, de 14 de mayo, en contra de esta práctica por estimar que la inclusión injustificada de materias que no guardan una relación directa con la previsión de ingresos o habilitación de gastos que constituyen el objeto de dicha Ley de Presupuestos, "puede ser contraria a la Constitución por suponer una restricción ilegítima de las competencias del poder legislativo, al disminuir sus facultades de examen y enmienda sin base constitucional, y por afectar al principio de seguridad jurídica, debido a la incertidumbre que una regulación de este tipo origina". El cumplimiento que el legislador ha realizado de esta doctrina constitucional ha sido, sin embargo, puramente formal y puede decirse que constituye un fraude de la misma, pues lo que viene haciendo desde entonces es aprobar dos leyes distintas, la de Presupuestos Generales del Estado, y la que se ha dado en llamar Ley de Acompañamiento de los Presupuestos, pero que siguen el mismo procedimiento de tramitación y que se someten a un debate conjunto. Las leyes de acompañamiento de los Presupuestos siguen siendo, por tanto, *leyes ómnibus* en las que se incluyen multitud de materias dispares y, muy especialmente, la creación o transformación de entes instrumentales.



Volviendo al objeto de nuestro estudio, hemos de añadir que, además de la proliferación de entes públicos que sujetan de modo parcial o total su actividad al derecho privado, para la huida del Derecho administrativo por la Administración se está utilizando también la fórmula de la creación de sociedades mercantiles de capital público con la única finalidad de gestionar obras públicas e infraestructuras, y al margen por tanto del ejercicio de actividades industriales o mercantiles en iguales condiciones que los particulares. Este ha sido el caso, en concreto, de la empresa Barcelona Holding Olímpico, SA (HOLSA), sociedad constituida mediante un convenio entre la Administración del Estado y el Ayuntamiento de Barcelona, aprobado por el Consejo de Ministros el 6 de octubre de 1989, y que tuvo como finalidad la financiación y el seguimiento de las obras de infraestructura y equipamientos vinculados a la celebración de los Juegos Olímpicos de Barcelona 92, sujetando por supuesto su actividad, incluida la contratación, al Derecho Privado. Esta empresa fue a su vez propietaria de otras empresas que realizaron las principales obras de infraestructura olímpica y los diferentes proyectos de inversión y modernización, calculándose la inversión pública realizada por HOLSA y sus empresas en una cifra de alrededor de 200.000 millones de pesetas. De esta forma, un objeto como la contratación de obra pública que ha supuesto un gasto de miles de millones a los presupuestos públicos, consigue evadir la aplicación del Derecho público mediante el sencillo procedimiento de crear una sociedad instrumental que sujeta enteramente su actividad al Derecho privado.

Se está produciendo por lo tanto una auténtica transformación en los esquemas orgánicos y operativos de las Administraciones españolas, que aunque la hemos expuesto a nivel nacional se produce con igual o incluso mayor intensidad a nivel de CCAA y de Administración local. De continuar esta línea, el ordenamiento jurídico administrativo quedará relegado a ámbitos casi marginales, y ya lo está siendo, de hecho, en algunos sectores como el de la contratación administrativa o en buena parte del derecho de la función pública. El profesor GARRIDO FALLA califica este fenómeno como una auténtica "apostasía del derecho administrativo", con la que se trata de establecer un sometimiento casi total de la actividad de la Administración al Derecho privado ⁶.

⁶ *Privatización y reprivatización*, en "Revista Española de Derecho Administrativo", núm. 126, 1991, pp.7 y ss.

**IV.
EL DEBATE DOCTRINAL. PREDOMINIO DE LAS
CRITICAS DEL FENOMENO DE LA HUIDA DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO EN CUANTO SUPONE LA HUIDA DE LOS
PRINCIPIOS Y CONTROLES APLICABLES A LA
ACTUACION DE LA ADMINISTRACION.**

Ha habido algunos autores en la doctrina, como Ignacio BORRAJO ⁷ o Elisenda MALARET ⁸, que de forma minoritaria han pretendido justificar este fenómeno de la huida del derecho administrativa en la búsqueda por parte de la Administración de una mayor eficacia en su actuación por la inadecuación o rigidez de los procedimientos administrativos. Y ciertamente ha de reconocerse que los procedimientos que se le imponen a la Administración en el ordenamiento jurídico español son una verdadera carrera de obstáculos inspirados en el principio de desconfianza del legislador y están vencidos por el peso de las garantías del administrado. La tendencia privatizadora ha puesto de manifiesto el error de haberse centrado el Derecho administrativo más sobre los temas de la garantía externa de los particulares contra la Administración que sobre los temas de la organización eficaz de los entes y servicios públicos. La doctrina ha resalado hasta tiempos muy recientes de forma prácticamente exclusiva los aspectos de una Administración como poder que había que controlar a través de los actos administrativos ante la jurisdicción contencioso administrativa, en una obsesiva preocupación por la legalidad que no garantizaba la eficacia y oportunidad, mérito o acierto de la actividad administrativa. Es evidente que si en una dependencia administrativa es necesario someter a un complejo procedimiento de concurso o subasta la compra de papel de oficio es imposible que ese servicio vaya a actuar con la debida celeridad y eficacia.

Es preciso y urgente por tanto establecer procedimientos administrativos más ágiles y eficaces, pero ello debe hacerse sin abandonar los principios del Derecho público, las reglas y los procedimientos administrativos.

Porque no debe olvidarse que, como decíamos al principio, el derecho administrativo es un sistema de privilegios de la Administración pero tam-

⁷ *El intento de huir del Derecho Administrativo*, en "Revista Española de Derecho Administrativo", núm. 75, 1992, pp. 341 y ss.

⁸ *Público y Privado en los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, Madrid, 1993.



bién es un sistema de vinculaciones y de controles de la actuación de la Administración, un sistema consecuentemente de garantías de los administrados. Y es por esto por lo que cabe afirmar, como lo ha hecho el profesor Sebastián MARTIN RETORTILLO ⁹, que la utilización por la Administración de fórmulas jurídico- privadas, sobre todo en los supuestos en los que se ejercen funciones públicas a través de procedimientos jurídico- privados ha supuesto, ni más ni menos, que la reducción cuando no la cancelación del sistema de garantías que impone el Estado de Derecho.

Porque a lo que conduce la utilización por la actividad administrativa del régimen de derecho privado es a una huida de todo control sobre la actuación de la Administración. Pensemos por ejemplo en las Entidades de Derecho público que por ley ajustan sus actividades al ordenamiento jurídico privado. Estos entes toman decisiones y adoptan acuerdos de Derecho público sin tener que sujetarse a la ley de Derecho administrativo, pero tampoco se les podrán aplicar a sus actos internos o de gestión el régimen privado de las comunidades de bienes o de las sociedades por falta de socios o titulares, por lo que dichos actos no podrán ser reclamados ni mediante las fórmulas previstas para la impugnación de los acuerdos sociales por el Derecho mercantil ni mediante las formas de impugnación de los actos administrativos al estar excluidas del Derecho administrativo. Lo que se da, por tanto, es una exención de todo régimen de control por los tribunales de cualquier clase, civiles o administrativos. Se trata pues de entidades públicas porque su propiedad pertenece al Estado, pero gobernadas con poderes dominicales sin más control que el político, ya que ni siquiera es necesario, como hemos visto, la aprobación por las Cámaras de sus presupuestos.

Por otro lado, como ha puesto de relieve PARADA ¹⁰, *hay que desmitificar la creencia en la mayor eficacia de la Administración cuando actúa sujeta al Derecho privado* y que tiende a confundirse con la mayor eficacia del sector privado sobre el público. Pero la presunta mayor eficacia de la empresa privada, rigiéndose por el Derecho privado, sobre las administraciones públicas, rigiéndose por el Derecho público, lo es porque los resultados de la gestión de aquella repercuten céntimo a céntimo en el patrimonio del empresario. Pero la Administración cuando actúa en régi-

⁹ *ibid.*, pg.39.

¹⁰ *ibid.*, pg.32.

men de Derecho privado, no está condicionada por el riesgo empresarial, porque también en estos casos, como dice expresivamente este autor, dispara con "pólvora del Rey", que es dinero de los ciudadanos, de los presupuestos públicos, cuenta pues con una financiación ilimitada que generan los impuestos, protectores impenitentes de la quiebra empresarial. Un ejemplo de actualidad lo tenemos en las empresas públicas eléctricas. Es por lo expuesto injustificable que existan organizaciones públicas, que ni están controladas por las inexorables leyes del mercado, no por los procesos de impugnación de acuerdos sociales ante el juez civil (dado que no existe en ellas más que un sólo socio: la Administración pública estatal, autonómica o local), ni por los cautelosos procedimientos del Derecho Público y la Justicia administrativa. Por ello, en el fondo, la huida al Derecho privado de las Administraciones públicas es en el fondo la huida de todo Derecho y de toda jurisdicción, de todo control en suma.

Ante este fenómeno de huida no ya del Derecho Administrativo sino del Derecho a secas, la doctrina española ha reaccionado intentando poner frenos a esa dinámica. Y para así hacerlo se ha buscado en la Constitución un límite a la potestad del legislador de sustituir el régimen administrativo discrecionalmente en la medida en que lo crea oportuno.

Gran importancia ha tenido en este sentido la tesis formulada en 1992 por la profesora Silvia DEL SAZ en el libro *Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo*¹¹. De acuerdo con esta posición, a la que se ha adherido el profesor PARADA, el fenómeno que nos ocupa sería inconstitucional, en cuanto se considera que la Constitución española contiene una auténtica reserva de Derecho administrativo y por consiguiente, la huida del mismo choca frontalmente con la ley fundamental. La Constitución, dice DEL SAZ, contiene una verdadera "garantía institucional" de Derecho administrativo que le hace inmune al legislador ordinario.

La cuestión constitucional que plantea esta autora es la siguiente: cuando el art. 103 de la Constitución después de sentar los principios a que ha de

¹¹ Libro colectivo en el que también participé yo y la profesora Carmen CHINCHILLA, editado por CIVITAS. Otra importante aportación de la profesora Silvia DEL SAZ a la discusión sobre la huida del Derecho Administrativo, en la que reafirma su tesis y critica las posturas favorables a la aplicación del Derecho privado a la Administración, es su artículo *La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y Críticas*, publicado en la "Revista Española de Derecho Administrativo", núm. 133, 1994, pp.57 y ss.



ajustarse la Administración (objetividad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación), termina diciendo que ha de actuar con "sometimiento pleno a la Ley y al Derecho", ¿se está refiriendo justamente a su Derecho propio, el Derecho administrativo, o, por el contrario, a cualquier derecho incluido el derecho privado?. Para contestar a esta pregunta parte la autora de otra cuestión íntimamente relacionada con ella, en cuanto determina el derecho aplicable a la Administración, como es la de qué jurisdicción ha de garantizar ese sometimiento a la Ley y al Derecho.

Contestando a este interrogante, señala Silvia DEL SAZ que el artículo 153, c) de la Constitución menciona expresamente a la Jurisdicción contencioso- administrativa -y no la penal, civil o laboral- a la que remite el control de la administración de las Comunidades Autónomas. Se trata de una referencia expresa a este orden jurisdiccional que, al ser el único mencionado "por su nombre y apellido", resulta constitucionalizado en nuestra Carta Magna. Por ello, hay que entender que cuando el artículo 106, de forma más general, establece que "los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican", se está refiriendo precisamente a la norma administrativa y a los tribunales contencioso- administrativos y no al Derecho privado y al orden jurisdiccional civil o laboral.

La conclusión a la que llegan estos autores es que, puesto que la Jurisdicción contencioso- administrativa por definición no aplica o garantiza otro Derecho que el Derecho administrativo, la imposibilidad de escapar de este régimen se deriva necesariamente de esa correlación constitucionalmente establecida entre administraciones públicas y sometimiento a la justicia administrativa.

Yo no creo sin embargo que de la Constitución pueda deducirse de modo tan tajante una garantía institucional de derecho administrativo para toda la actuación de la Administración. Comparto en este punto la opinión del profesor Sebastián MARTIN RETORTILLO ¹² en el sentido de que las garantías institucionales que cabe derivar de la Constitución y que resultarían inmunes al legislador ordinario no son tanto el sometimiento a un

¹² *ibid.*, pp. 40 y 41.

orden jurídico o jurisdiccional concreto, sino al Derecho y al control de la Administración por parte de los Tribunales.

En lo que sí concuerdo con estos autores, y con otros muchos como E. GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ¹³ que así lo han señalado, es en que la Constitución establece una serie de principios directamente vinculantes para la actuación administrativa y que sólo pueden hacerse efectivos bajo el régimen jurídico- administrativo. Entre estos principios, podemos destacar el de legalidad que establece el art.106, entendida ésta como vinculación positiva, de habilitación en la actuación administrativa, que sólo es lícita en los supuestos y con los límites marcados por el legislador, mientras en el Derecho privado actúa como límite negativo, es decir, es lícito todo lo que no está prohibido. Otros principios muy importantes son también el de prohibición de la arbitrariedad, que el art.9 de la CE impone a todos los poderes públicos, el de objetividad e imparcialidad, conforme al art.103 CE, el de mérito y capacidad en el acceso a las funciones y los cargos públicos (Art. 23 CE), o el de actuación a través de un procedimiento formalizado en el que se garantice cuando proceda la audiencia del interesado, tal como establece el art.105.

Todos estos principios son siempre, por imperativo constitucional, aplicables a la actuación administrativa, tanto si la Administración actúa como tal, como si lo hace mediante procedimientos jurídico- privados. Obviamente, cuando la Administración escapa del derecho administrativo, "disfrazándose" de Sociedad Anónima o de Ente público sujeto al Derecho privado, no deja de ser Administración, y debería, en consecuencia, estar sujeta a los mismos principios constitucionales. El problema que se plantea, y que constituye el núcleo central del tema que nos ocupa, es que el único cauce actualmente existente en el sistema español para hacer efectivos en el momento presente esos principios es a través del régimen jurídico- administrativo y del enjuiciamiento de ese actuar por la jurisdicción contencioso- administrativa.

El derecho privado no sirve para garantizar que dichos principios (de legalidad, de mérito y capacidad, de objetividad o de prohibición de la arbitrariedad), se cumplen porque *dichos principios carecen de la misma*

¹³ *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, ed. Civitas, séptima edición, Madrid, 1995, pp. 390 y ss.



relevancia en el derecho privado, que no está concebido para garantizarlos, y porque además, al faltar en este derecho la exigencia de un procedimiento previo, justificador y legitimador de los actos jurídicos (como se impone para las administraciones públicas por el art.105.3 CE), y en el que las actuaciones deben constar por escrito (como dispone como regla general el art.41 de la Ley de Procedimiento, Ley 30/92, de 26 de noviembre), se impide que los tribunales ordinarios puedan controlar que la actuación de la Administración con arreglo al Derecho privado se adecúe a dichos principios.

Esta imposibilidad de controlar la adecuación de la actuación administrativa a los principios constitucionales resulta especialmente grave cuando se trata de entidades, como el Banco de España, la Agencia Estatal de Administración Tributaria o la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que no se limitan a gestionar servicios públicos o a realizar actividades comerciales sino que tienen encomendadas, por su ley de creación, auténticas funciones administrativas, para cuyo ejercicio se les otorgan una serie de potestades públicas, como la sancionadora o la reglamentaria. Es cierto que estas entidades se rigen cuando ejercitan competencias administrativas por el Derecho público, pero su sometimiento al derecho privado en otra buena parte de sus actuaciones *ad extra*, así como la acusada laboralización de su personal configuran un "estilo" de actuación en el, como señala el profesor J.M. SALA ARQUER¹⁴ predomina lo que el profesor Luciano PAREJO denomina la "actuación informal"¹⁵ y que más bien habría que calificar muchas veces como simple vía de hecho. Surge así todo un ámbito de actuación administrativa en el que las relaciones con los particulares parecen discurrir al margen del derecho, sin sujetarse a procedimiento alguno, y donde, en clara vulneración del art.41 de la Ley de Procedimiento que establece la regla contraria, el principio general es la forma verbal.

Esta huida de los procedimientos y las garantías del derecho administrativo afecta a muchos ámbitos de la actuación administrativa pero su incidencia es sobre todo significativa en dos campos concretos que considero conveniente exponer con más detenimiento, como son el de los contratos de la Administración y el de la laboralización de la función pública.

¹⁴ *Huida al Derecho privado y huida del Derecho*, en "Revista Española de Derecho Administrativo", núm.75, pp. 399 y ss. (pg.404).

¹⁵ *Crisis y renovación del Derecho Público*, Madrid, 1991, pp.123 y ss.

Por lo que respecta a los contratos, el sometimiento de la actuación de la administración a un régimen jurídico-privado ha respondido en buena medida, como hemos dicho, a un intento de evitar los procedimientos y las garantías de que conlleva la contratación administrativa. Pues aunque la anterior Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965, sometía a sus prescripciones a la Administración del Estado, sin distinciones, por lo que parecía incluir a todos los entes instrumentales por ella creados, el Reglamento General de Contratación del Estado, de 25 de noviembre de 1975, estableció en su Disposición Transitoria Segunda que "las Empresas nacionales, aquellas entidades en las cuales la participación del Estado sea mayoritaria y los entes públicos que se rigen por el derecho privado en sus relaciones con terceros se sujetarán en materia de contratación de obras y suministros a sus normas especiales", aplicándose sólo de forma supletoria los principios de la legislación de contratos del Estado. Sobre la necesidad de respetar los principios de publicidad y concurrencia en la adjudicación de contratos, el Reglamento dispuso únicamente que habrían de "procurar" respetar dichos principios al objeto de conseguir un comportamiento homogéneo en todo el sector público.

La situación que se derivó de esta libertad otorgada a la Administración para huir de los controles y limitaciones del sistema de la contratación administrativa fue, como ha señalado el profesor Sebastián MARTIN-RETORTILLO¹⁶, el mejor caldo de cultivo para el clientelismo político y la corrupción en la contratación pública. Esta situación hay que decir que hoy ha mejorado por obra de la aplicación del Derecho de la Comunidad Europea, pues las Directivas Comunitarias no permiten que por la vía de la huida al régimen jurídico privado la Administración pueda quedar liberada de límites y controles a la hora de contratar.

El derecho de la Comunidad Europea obliga en efecto a los entes públicos a adjudicar los contratos de obra pública y suministros según unos procedimientos públicos de selección de contratistas, aun cuando permite a cada Estado miembro establecer su propia regulación en lo relativo al contenido material, condiciones y ejecución de los contratos. A través de la imposición de unos procedimientos reglados para la selección de los contratistas, lo que se pretende es acabar con las restricciones en favor de los contratistas nacionales de cada país y con las exigencias de utilización

¹⁶ *ibid.*, pg.44.



de productos o materiales nacionales en defensa de las industrias propias, garantizando así la libre competencia entre las empresas de todos los países miembros.

La incompatibilidad con la normativa comunitaria de las prescripciones de nuestra anterior legislación de Contratos del Estado fue declarada reiteradamente por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea pudiendo destacarse en este sentido la Sentencia de 17 de noviembre de 1993 ¹⁷.

La adecuación de nuestra normativa de contratación pública a las Directivas Comunitarias se ha realizado finalmente en la nueva Ley de Contratos del Estado, de 18 de mayo de 1995. En esta nueva ley van a quedar sometidas a las normas sobre contratación pública todas las entidades públicas, comprendiendo por tanto todos los organismos autónomos, las entidades públicas que por ley sujetan su actividad al derecho privado y las nuevas entidades del art.6.5 LGP, mediante un sistema gradual según el tipo de entidades de que se trate. El art.1º de la Ley establece a estos efectos una serie de criterios materiales que determinan la mayor o menor sujeción de las entidades públicas a su régimen jurídico. Así y en primer lugar, se rige en su integridad por la ley la contratación de aquellas entidades públicas en las que, aunque en principio deban actuar conforme al régimen jurídico privado, se den los dos requisitos siguientes:

- que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

- y que se trate de entidades cuya actividad esté mayormente financiada por las Administraciones públicas, cuya gestión esté sometida a control por parte de estas últimas o cuyos órganos de administración, dirección o vigilancia estén compuestos por miembros que más de la mitad sean nombrados por la Administración pública u otras entidades de derecho público.

Un segundo nivel es el de el resto de las entidades de Derecho público, es decir, aquellas en las que no se den los requisitos anteriores, que quedan

¹⁷. Véase la exposición y comentario que de esta Sentencia realiza Silvia DEL SAZ en *La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y Críticas...*, cit., pp. 88 y ss.

sujetas a las prescripciones de la ley únicamente en lo relativo a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, cuando concurren los requisitos que al efecto se detallan.

El tercer nivel, por último, es el que recoge la disposición adicional 6º de la ley, al establecer, ya en relación con las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de una entidad de Derecho público, que su actividad contractual ha de ajustarse a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con dichos principios.

Como vemos, esta ley supone un paso muy importante en el sometimiento de toda la contratación pública a unos principios y garantías comunes, aunque habrá que ver luego cuál es el grado de cumplimiento de sus prescripciones, pues ya se está detectando un cierto forcejeo para eludir en no pocos supuestos concretos su aplicación, o al menos por reducirla en la medida de lo posible, mediante el paso de uno a otro de los grupos que la ley establece, apoyándose al respecto en conceptos tan genéricos como los que la ley establece ¹⁸.

El otro ámbito al que también ha afectado gravemente la huida del régimen jurídico administrativo es el de la función pública. Se ha producido en nuestro país un preocupante proceso de laboralización de la función pública que ha operado por dos vías distintas:

- Por un lado, mediante el fenómeno expuesto de la creciente atribución de funciones administrativas a entidades de Derecho público o sociedades mercantiles cuyo personal carece de status funcional.

- Y por otro lado, mediante el fenómeno de la laboralización del personal al servicio de la Administración Pública que abrió la denominada Ley de Medidas de Reforma de la Función pública, de 2 de agosto de 1984, al admitir como algo normal la contratación en régimen de derecho laboral en la función pública. El propio Tribunal Constitucional reprobó este fenómeno, señalando, en su Sentencia de 11 de junio de 1987, que la Constitución Española ha optado con carácter general por el régimen estatutario para los servidores públicos, sin perjuicio de que, en al-

¹⁸ V., Santiago MARTIN-RETORTILLO, *ob.cit.*, pg.47.



gunos casos, puedan reconocerse, siempre con carácter excepcional, otras vías de acceso para los servidores públicos. Ello llevó a introducir una reforma en la ley del 84 (operada por la Ley 23/1988, de 29 de julio), disponiéndose que "con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus organismos autónomos, así como de las entidades gestoras y servicios comunes de la seguridad social serán desempeñados por funcionarios públicos". Esto no se ha cumplido sin embargo en la práctica, pues persiste una marcada preferencia por la contratación laboral, en cuanto ésta otorga mucha mayor libertad de reclutamiento al no tener que hacerse este, como ocurre en el caso de los funcionarios, mediante la convocatoria pública de oposiciones o concursos. Y es curioso señalar que lo que suele ocurrir en la práctica es que una vez formalizado el acceso como personal laboral al servicio de la Administración, la fase siguiente suele ser la de tratar de reconvertirlo en personal de carácter funcional para así garantizar su permanencia.

V.

ALGUNAS NOTAS, A MODO DE CONCLUSION, SOBRE POSIBLES SOLUCIONES A ADOPTAR FRENTE AL FENOMENO DE LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Una vez expuesta toda la problemática de la huida del derecho administrativo, sólo queda intentar esbozar algunas posibles soluciones o remedios a adoptar.

En este sentido, a mi entender es muy importante, y en esto coincido con el profesor SALA ARQUER¹⁹, *restringir la libertad de la Administración para elegir la forma pública o privada de actuación*. No puede admitirse que la Administración o el legislador configuren arbitrariamente el estatuto jurídico de tal o cual ente u organismo prescindiendo del contenido y características de su actividad y de los fines que persigue. Por el contrario, hoy se hace más necesaria que nunca una ley básica que fije con claridad los criterios a seguir a la hora de adoptar la forma pública o privada.

Esta ley básica debería excluir asimismo, la posibilidad de que se desgajen de la estructura orgánica general de la Administración y se sometan parcialmente al régimen jurídico privado antes que fieren como único o

¹⁹ *ob.cit.*, pg.411.

fundamental cometido el ejercicio de funciones públicas o de autoridad. Lo que debe procurarse es solventar dentro del Derecho administrativo los problemas que han conducido a la creación de este tipo de entes, incrementando por ejemplo la celeridad y la eficacia en los procedimientos administrativos o permitiendo una mejor retribución de su personal cualificado, pero sin huir hacia el Derecho privado.

Respecto al resto de la actuación administrativa, el criterio para someter la prestación de servicios públicos a formas privadas debe ser el del sometimiento de dicha prestación a la libre competencia, pues entiendo que mientras las pretendidas "empresas" públicas desarrollen su actividad en un régimen de monopolio o en un mercado cerrado, limitado a unos pocos concesionarios privilegiados, con los que el Estado concurre en una posición dominante, el recurso a la forma societaria o al sometimiento de la mayor parte de su actividad al derecho privado, no está justificado. En este punto hay que preguntarse si es posible introducir la competencia en los servicios públicos y, en particular, en los que hoy se prestan en régimen de monopolio. Yo creo que sí, pues hoy tiende a quedar superada la vieja concepción de que resulta inherente al servicio público la reserva al Estado de todo el sector de la actividad o *publicatio* de la misma. Cada vez son más numerosas, y muchas veces por imperativos de la Comunidad Europea, las actividades tradicionalmente consideradas de "servicio público" que se transforman en actividades de mercado: desde las telecomunicaciones al suministro de la electricidad o el transporte aéreo.

La sumisión de los servicios públicos que se prestan mediante formas privadas a las reglas de la libre competencia constituye hoy además en España un imperativo derivado de la aplicación del Derecho Comunitario, pues las normas de libre competencia que el Tratado de Maastricht establece no se excepcionan ni mitigan por razón de la pertenencia de las empresas al Estado o a las demás Administraciones o entidades públicas ni por el carácter, más o menos público, de su objeto ²⁰.

²⁰ La cuestión de la propiedad de las empresas es indiferente para la aplicación de las normas del Tratado pues, como establece su art.222, éste "no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad en los Estados miembros". Además, de acuerdo con el art.90.3 del Tratado, también "las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tienen carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial, a las normas sobre 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 ellas confiada. El desarrollo de los



Cuando no se da la liberalización de la actividad, la actividad de prestación del servicio público deberá realizarse por los cauces tradicionales de gestión directa o indirecta por la Administración, pero sometida siempre a los procedimientos y garantías del Derecho administrativo.

Es cierto que en este derecho se plantean problemas de agilidad y eficacia, pero la solución a los mismos debe buscarse o bien modificando la legislación correspondiente o bien acudiendo a la gestión indirecta del servicio, pero en ningún caso huyendo hacia un derecho que está pensado para las actuaciones de los particulares en libre competencia y no para garantizar la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de esta a los fines que la justifican.

En definitiva, lo que debe plantearse, como concluye el profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO²¹, es si muchas de las actuaciones que se reclaman de los poderes públicos son éstos los que deben realizarlas, y si no se pueden dejar a la iniciativa privada. Y en el caso de que sean los poderes públicos los que asuman una determinada actividad, ésta deberá estar siempre sometida a las exigencias que al respecto establece la Constitución y cuya mejor garantía se obtiene actualmente en España bajo el régimen jurídico administrativo.

intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad". Hay que precisar que la cláusula de excepción contenida en este precepto ha sido interpretada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia de forma extremadamente rigurosa, de tal forma que han sido muy pocas las empresas que se han visto exceptuadas de las reglas generales de la concurrencia. Sobre la incidencia del Derecho Comunitario en la concepción de la empresa pública, véase, T.R. FERNÁNDEZ, *Empresa Pública y servicio público: el final de una época*, en "Revista Española de Derecho Administrativo", núm.89, 1996, pp.37 y ss. La conclusión a la que llega este autor tras analizar el Derecho comunitario es que "La empresa pública posible en el espacio de la Unión Europea es desde ahora algo distinto a lo que durante más de medio siglo ha venido siendo. A partir de ahora sólo puede contemplarse como un puro instrumento fiscal productor de rentas para las arcas públicas, en ningún caso como un instrumento de política económica o de política social" (pg.44).

²¹ *ibid.*, pg. 51.

**LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA
DE SERVICIO PUBLICO**



LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE SERVICIO PÚBLICO

**Por Alvaro Tafur Galvis
Profesor en el Colegio Mayor de Nuestra Señora
del Rosario. Santa Fe de Bogotá**

I. INTRODUCCIÓN

La exposición sobre la actividad administrativa de servicio público dentro del marco de análisis de las actividades administrativas, comporta enfrentar una de las nociones clave y por ende más controvertidas del Derecho Público a lo largo del presente siglo.

En el momento actual del desarrollo de la ciencia del derecho, en general, y del derecho administrativo, en particular, el servicio público como institución jurídica se presenta con un hábito de renovación, dejadas atrás, por efecto de las transformaciones del Estado y de la sociedad, las circunstancias y los condicionamientos que marcaron la formulación de la teoría clásica del servicio público con sus pretensiones totalizadoras respecto del conjunto de la actividad administrativa y del régimen jurídico a ella aplicable, condensadas en el tríptico famoso: Servicio Público = Persona pública = Derecho Público.

En la medida en que la actividad del Estado, en general de las personas públicas, no se circunscribe a la prestación de los servicios públicos, y que el derecho público no se agota en el régimen de los servicios públicos, aparece necesario determinar el papel que dentro del conjunto de actividades estatales y de las instituciones jurídicas está llamada a cumplir la actividad de servicio público, habida cuenta de su especial fisonomía y de los tratamientos específicos que de ella cabe derivar.

En ese orden de ideas, previas enunciaciones sobre la evolución doctrinaria de la noción del servicio público y su proyección en el universo del dere-

cho administrativo, el presente trabajo abordará lo relacionado con la utilidad de la noción de servicio público en la actualidad y con la determinación del universo al cual se alude cuando se habla de los servicios públicos como actividad del Estado. Es pertinente, al respecto, aclarar, de una vez, que la noción y la consideración de ciertas actividades como servicios públicos con las aplicaciones jurídicas que adelante se analizan, surge y se desarrolla dentro del ámbito del derecho continental europeo y especialmente en el derecho francés.

Como corresponde al análisis jurídico, la clasificación del servicio público como actividad jurídicamente relevante debe aparejar consecuencias específicas. Por ello, debe considerarse lo relativo a la creación, asignación dentro de la organización estatal y financiamiento de las actividades y su especial régimen jurídico: los principios y reglas que dentro del conjunto de los que orientan y condicionan las actividades administrativas pueden predicarse, en forma particular y exclusiva, de los servicios públicos.

De otra parte, la evolución experimentada en torno del papel del Estado, y de los deberes de la sociedad y de los particulares respecto de la satisfacción de las necesidades generales, comunes al conglomerado de los habitantes, implica determinar las novedades que se suscitan en cuanto a la regulación, dirección, gestión y control de los servicios públicos. De manera especial, cabe analizar lo relativo a la admisión de los particulares en la gestión de los servicios, las formas de gestión y las relaciones de los gestores con el Estado y con los usuarios y las modalidades de expresión y efectividad de la participación ciudadana y social en dicha gestión. En fin, también se deben observar con atención los procesos en marcha de globalización e internacionalización de la economía y de integración que trascienden los tradicionales límites de los Estados, con modificación incluida de sus propósitos y funciones dentro de ámbitos más amplios, como sucede con los países integrados en la Unión Europea.

1. La noción de servicio público

A. Perspectiva evolutiva

Sin acudir a los antecedentes remotos que pueden encontrarse de la noción del servicio público que transmuta el llamado servicio al rey, al sobe-



rano, puede indicarse que ya en el Ancien Régimen aparece la existencia de numerosos servicios públicos (de los que ulteriormente se clasificarán como servicios públicos administrativos) : ejército, justicia, policía, impuestos; sin perjuicio de que por épocas algunos de ellos se confían a los particulares como la recaudación de impuestos y la defensa, bajo ciertas modalidades.

No obstante, es a partir de la Revolución francesa cuando el término se generaliza; y más tarde, a raíz de la evolución jurisprudencial, el Estado, antes definido más como el monopolio de la fuerza se convierte en un prestador de servicios por cuenta de los administrados. Y, en consonancia con esa transformación el Estado se ha de someter al derecho pero no al mismo derecho de los demás. A un derecho especial, a un derecho elaborado a su medida: el derecho administrativo.

Como es sabido, en la génesis del concepto jurídico de servicio público se ubica el aporte de la jurisprudencia del Tribunal de Conflictos Francés en el famoso fallo Blanco (8 de febrero de 1.873) originado en la querrela presentada ante el juez judicial por los padres de una menor atropellada por una vagoneta de la manufactura de tabacos de la Gironda, servicio del Estado, en acción de responsabilidad. Planteado el conflicto de competencia por el Prefecto respectivo, correspondió al Tribunal de Conflictos señalar que "la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que él emplea en el servicio público, no puede ser regida por los principios establecidos en el Código Civil, para las relaciones entre particulares". Si bien posteriormente se ha cuestionado el alcance que en su época pudo tener la decisión, es lo cierto que la doctrina le reconoce como sus aportes básicos el abandono de la llamada teoría del Estado deudor, la consagración de la autonomía del derecho administrativo y de la relación entre la competencia y el fondo de un litigio dado. En cambio, la doctrina no ha sido unánime en cuanto a si el fallo Blanco formuló un criterio nuevo de aplicación del derecho administrativo y consecuentemente de la repartición de competencias entre el juez administrativo y el juez judicial fundado en el concepto de servicio público.

En ese orden de ideas se alude a que la expresión servicio público, utilizada por el Comisario de Gobierno y por el Tribunal de Conflictos fue uti-

lizada como sinónimo de poder público por oposición al Estado persona civil, que actúa en las condiciones del Derecho privado; que la jurisprudencia coetánea al Fallo Blanco parece referirse aún a la distinción actos de autoridad- actos de gestión, que la doctrina contemporánea al Fallo no parece haberlo considerado como una gran decisión de principio. Sólo será a comienzos del Siglo XX que el criterio del Servicio público será valorizado y que el fallo Blanco será considerado, a posteriori, como una gran decisión de principio por los partidarios de la "Escuela del servicio público".

La noción de servicio público, en su enunciación clásica designa " una actividad de interés general, gestionada por una persona pública y sometida al derecho administrativo y a la competencia del juez administrativo".

A la base de la teoría del Estado desarrollada por el profesor León Duguit, conforme a la cual el Estado es una cooperación de servicios públicos, está la idea de limitar al Estado en sus actuaciones. "El principio de todo sistema de derecho público moderno se encuentra resumido en la proposición siguientes Aquellos que en el hecho ejercen (detentan) el poder no tienen un derecho subjetivo de poder público; pero ellos tienen el deber de emplear su poder para organizar los servicios públicos y controlar su funcionamientos. (Las Transformaciones del Derecho Público. 1913).

Así las cosas, en Duguit el servicio público es concebido como fundamento de una Teoría del Estado: Es un sistema de legitimación del Estado y también un sistema de producción del Estado. Pero el servicio público no es una categoría jurídica, no tiene por finalidad explicar el derecho Administrativo, ni en su conjunto ni en su aplicación. En efecto, para el profesor Duguit el servicio público es un dato (una base) objetivo y material. Recordemos sus expresiones: "toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y porque por su naturaleza solo puede ser realizada completamente por los gobernantes" es un servicio público (*Traité*, t. III 3ª ed. página 61).

Los seguidores de Duguit, que conforman la que la posteridad ha conocido como Escuela de Burdeos (Jéze, Bonnard, Rolland, De Laubadere) quisie-



ron darle a la noción de servicio público el valor jurídico de criterio de técnica jurídica.

El Profesor Luis Rolland, sintetizando las opiniones de la Escuela de Burdeos propone tres condiciones para identificar el servicio público:

- El servicio público supone la dirección o la alta dirección de los gobernantes. Es el elemento orgánico, en el cual, sin embargo, ya cabe distinguir entre la dirección del servicio (creación, escogencia del modo de gestión, control de gestión) y la gestión propiamente dicha.

- El servicio público supone la satisfacción de una necesidad de interés general. Es el elemento funcional.

- En fin, el servicio público supone la carencia o insuficiencia de iniciativa privada.

El Profesor Jéze postula un enfoque plenamente subjetivo, conforme al cual "son únicamente, exclusivamente servicio públicos, las necesidades de interés general que los gobernantes de un país dado, en un momento dado han decidido satisfacer por el procedimiento de servicio público" Como con posterioridad se ha observado, esta concepción implica que el servicio público se convierta en un procedimiento técnico que puede utilizar el legislador y la priva de su prístina finalidad que es la limitación del Estado.

4. En la jurisprudencia y en la doctrina francesas se ha puesto de presente cómo los postulados enunciados no se dieron de manera integral, aún desde el origen, o, como, paulatinamente han sido alterados, relativizándose, en el plano jurídico los efectos de los mismos.

De manera particular las impugnaciones se han centrado en el elemento subjetivo y en el régimen jurídico de las actividades de servicio público.

La teoría clásica del servicio público consideraba que el servicio público era actividad de interés general gestionada por una persona pública; de ello debía resultar que todas las actividades de las personas públicas eran actividades de servicio público y que toda actividad de servicio público debía ser gestionada por una persona pública.

No obstante, ese postulado no operaba en la realidad toda vez que no todas las actividades de las personas públicas podían catalogarse como actividades de servicio público y que no todas las actividades de servicio público eran gestionadas por las personas públicas. En ese orden de ideas, en las obras de derecho francés se alude a las decisiones del Tribunal de Conflictos y del Consejo de Estado que reconocen como organismos que presentaban los elementos esenciales del establecimiento público (persona pública por excelencia que compartía tal categoría, exclusivamente, con las colectividades territoriales), podían actuar en el interés particular de sus miembros (decisión de 9 de diciembre de 1,889, Association syndicale du canal de Gignac) siendo en consecuencia, discutible que su actividad pudiera tener el carácter de servicio público. También se citan providencias que aceptan que los organismos privados puedan tener conferida una misión de servicio público (Fallo de 13 de mayo de 1.938, Caisse primaire ' Aide et protection'). Posteriormente, en dos famosas decisiones del Consejo de Estado (Monpeurt, 31 de julio de 1.942, y Bouguen, 2 de abril de 1.943) se acepta que si bien los comités de Organización Profesional y las órdenes profesionales, no han sido calificados por el legislador como Establecimientos Públicos, si están encargados de la ejecución de un servicio público y que las decisiones que ellos adopten, constituyan actos administrativos.

Es conocida, igualmente, la controversia que a raíz de los últimos fallos citados se generó en la doctrina y en la propia jurisprudencia francesa acerca del cabal alcance de tales providencias.

Para algunos, si los organismos en cuestión no son establecimientos públicos, es porque son organismos privados y los fallos en cuestión solamente confirman el fallo "Caisse Primaire "Aide et Protection".

Para otros, efectivamente el Consejo de Estado afirma que los organismos en cuestión no son establecimientos públicos pero no es evidente que decida que se trate de organismos privados. Se debe ver en esos organismos a personas públicas innominadas es decir instituciones públicas especializadas diferentes de los establecimientos públicos.

Desde 1.946, sin embargo, una decisión del Consejo de Estado (Fallo Morand. 28 de junio de 1.946) confirma la posibilidad de que organismos privados participen en misiones de servicio público.



Pero es solo con el fallo de 13 de Enero de 1.961 - Magnier - que el Consejo de Estado ha tenido de nuevo la ocasión de reafirmar la jurisprudencia "Caisse Primaire Aide et protection" de 1.938.

Dentro de la trayectoria trazada es necesario destacar el fallo de 7 de diciembre de 1.984 (centro de Estudios Marinos Avanzados) mediante el cual el Consejo de Estado Francés se declaró incompetente para conocer de la acción por responsabilidad dirigida contra el Instituto Francés de Petróleo, creado bajo la forma de establecimiento profesional (por una ley de 1.943) y al que no consideró como Establecimiento Público, pues estimó que el litigio oponía dos personas privadas. Al efecto se expresó que si una institución no es establecimiento público, es persona privada.

5. El elemento del régimen jurídico de los servicios públicos que se enuncia señalando la aplicación del derecho administrativo a las actividades calificadas como servicios públicos, si bien nunca tuvo un carácter absoluto, pues desde el origen de la teoría se admitió la posibilidad de una gestión privada con ocasión de los servicios públicos, sufre una clara ruptura a partir de la aceptación de la distinción entre servicios públicos administrativos y servicios públicos industriales y comerciales, la cual se acentuó, en su momento, con la jurisprudencia, hoy día abandonada, de los servicios públicos sociales.

La puesta en duda de la unidad del régimen jurídico de los servicios públicos en el orden cronológico, el primer fenómeno que viene a afectar el criterio del servicio público.

Desde el origen del enunciado de la noción de servicio público en el fallo Blanco, el comisario de Gobierno Romieu había admitido la posibilidad de una gestión privada con ocasión del servicio público.

De otra parte, fenómeno de la penetración del derecho privado se acentuará rápidamente por la distinción servicio público administrativo - servicio público industrial y comercial.

En fin, a jurisprudencia llamada de los servicios públicos sociales, a su turno aportará un nuevo golpe a un criterio ya maltratado.

6. En la medida en que no hay coincidencia exacta entre persona pública y servicio público, es necesario determinar en qué condiciones una actividad puede ser calificada actividad de servicio público, sea que esta actividad se cumpla por una persona pública o por una persona privada.

Pero no debe perderse de vista que si bien no todas las actividades de las personas públicas pueden ser calificadas como actividad de servicio público, toda actividad que pueda calificarse como servicio público, depende en último análisis de una persona pública.

La regla general enunciada en la jurisprudencia francesa en la materia es que las personas públicas tienen en principio una actividad de servicio público, es su razón de ser.

Pero desde el origen se ha admitido por la jurisprudencia que no todas las actividades de las personas públicas podían calificarse como servicios públicos; así se consideraba, en particular en los casos de la gestión del dominio privado, en esos casos la persona pública se reputa como un propietario ordinario.

7. El punto relativo a gestión por particulares de las actividades de servicios públicos se ha planteado preguntando ¿En silencio de los textos en que condiciones la actividad de una persona privada puede ser reputada y servicio público y cuales son los criterios para calificar a un organismo gestor de un servicio público cuya naturaleza pública o privada puede ser dudosa. Desde el momento en que se admite que una Persona privada puede ser asociada a una actividad de servicio público se plantea el problema de saber a partir de que criterios la actividad de una persona privada puede ser calificada como actividad de servicio público. Asunto éste más delicado si se considera que la actividad de ciertas personas privadas conciernen directamente el interés público.

El Consejo de Estado francés ha señalado al respecto tres condiciones (Arret Nancy. Section, 2 de junio de 1.963):

1. Que la actividad se cumpla con miras a la satisfacción de un interés general;



2. Que el organismo de que se trate sea controlado por una persona pública; con lo cual se demuestra que la adecuación persona pública - servicio público, así haya sido fuertemente atenuada no ha desaparecido totalmente;

3. Que para el cumplimiento de su misión, el organismo esté dotado de prerrogativas de poder público: por ejemplo, monopolio, poder de expedir actos unilaterales.

Debe anotarse que en el último tiempo algunas decisiones del Tribunal de Conflictos (de 6 de noviembre de 1.978, Bernardi, y 28 de abril de 1.980, Mme Girinon) parecen admitir que la existencia de prerrogativas de poder público no es una condición necesaria para que la actividad gestionada por un organismo privado sea calificada como servicio público. "Cuando el carácter de servicio público de una actividad es evidente, o cuando la persona privada interviene solamente en relación con una actividad gestionada a título principal por un persona pública y por ello es claro que ella revista el carácter de una actividad de servicio público parece superfluo limitarse a destacar expresamente la existencia de prerrogativas de poder público".

B. Actualidad y perspectiva

Al filo de la evolución, la noción de servicio público o de servicios públicos, en plural, en la actualidad se encuentra evidentemente en un punto de inflexión: La orientación intervencionista, las nacionalizaciones y los consecuentes monopolios estatales donde se desarrolló y profundizó la teoría del servicio público, en términos de que las actividades de servicio público podían reputarse como comprensivas del quehacer estatal en su conjunto, ha sido sustituida por orientaciones de signo contrario que apuntan a la desmonopolización, la privatización, la libre competencia, la globalización de las economías, con la consiguiente abolición de los tradicionales límites estatales para la prestación de ciertos servicios públicos.

Ahora bien, aunque pudiera pensarse que por efecto de esas transformaciones, instituciones que como el servicio público surgieron para explicar una determinada forma de relación con Estado y como sistema de controles del propio Estado, están llamadas a desaparecer, es lo cierto que

con las necesarias adecuaciones y libradas de los lastres totalizadores que las inspiraron en sus comienzos, han resurgido con particular vitalidad, que deben orientar la satisfacción de necesidades generales de todos los asociados.

1. La prestación de los servicios públicos, es evidente, no incumbe hoy, solamente al Estado. Hoy día nadie cuestiona la Posibilidad de que los particulares, mediante las más variadas modalidades (contractuales y no contractuales) pueden gestionar servicios públicos de manera directa. Esa posibilidad, por otra parte, siempre existió, como lo demuestran las concesiones que desde antes de la formulación de la teoría del servicio público estuvieron en práctica en diversos países, y especialmente en Francia (Gas, tranvías, etc.). Pero, tampoco nadie, seriamente, objeta que el Estado, como trasunto de la sociedad, debe tener a su cargo la suprema dirección y orientación de los servicios públicos. Tampoco se duda sobre la indispensable acción del Estado en la regulación, control e inspección de los servicios.

Entonces el papel del Estado en la prestación de los servicios públicos se ha de proyectar, por una parte, en su condición de titular último de los servicios públicos con las consiguientes potestades y atribuciones de dirección, regulación y control, encargado de asegurar la calidad de los servicios y garantizar los derechos de prestatarios (gestores) y destinatarios de los servicios. Por otra parte, el Estado a través de entidades idóneas, en concurrencia con personas y entidades privadas está llamado a participar directamente en la gestión de los servicios.

Y en este punto aparece una de las nuevas proyecciones del régimen de los servicios públicos: la nueva concepción de la regulación de los servicios públicos y de actividades de interés general. Así, la regulación de los servicios no solo, y no tanto, se nutre de los principios que encauzan el tradicional poder de policía -Orden Público de dirección: seguridad, tranquilidad, salubridad-, sino de los específicos derivados de las características específicas del servicio de que se trate - Orden público de protección: Cuidado del interés colectivo de ciertas categorías de personas expuestas¹.

1. Christian Stoffaës, *Services Publics, Question d'Avanir*, Commissariat général du Plan, Ed. Odile Jacob Paris, 1995, página 55.



Además, en virtud de las nuevas y necesarias proyecciones del principio de la separación de funciones (poderes) conforme a las cuales quien concede u otorga la prestación del servicio no debe controlarlo² ha surgido la necesidad de establecer autoridades "independientes y neutrales" encargadas de la especial regulación y de garantizar en nombre de la sociedad y del Estado la calidad de los servicios, la regulación de los monopolios (cuando sean imprescindibles) y la promoción y preservación de la competencia.

2. La teoría clásica del servicio público postulaba, como se ha visto, la sujeción de las actividades catalogadas como tales al derecho público, al derecho administrativo, como fórmula única para el control del Estado.

No obstante bien pronto, como se dejó expuesto, apareció la necesidad de reformular la teoría en dos direcciones: de una parte, con la creación de los servicios industriales y comerciales, en cuyo caso una empresa pública explota un servicio en las mismas condiciones que los particulares y se sujeta al juez ordinario (Fallo Bac d'Eloka. Tribunal de Conflictos Francés, 1921); de otra parte, se aceptó también que cuando una empresa privada ejerce una actividad que tiene las características del servicio público, debe ser tratada como una empresa pública (Fallo Compagnie maritime de l'Afrique orientale. 1.944. Consejo de Estado Francés).

No obstante, cualquiera sea la calificación que pueda hacerse del régimen jurídico aplicable a un determinado servicio, como administrativo, como industrial y comercial, como servicio público social, es lo cierto que a partir de su calificación como servicio público se aplican a é, abstracción hecha de otras particularidades específicas y de las características subjetivas del organismo encargado de su gestión y prestación, unos principios comunes, que se engloban en las llamadas leyes del servicio público - también leyes de Rolland, en alusión al Profesor Louis Rolland: los principios de igualdad, continuidad y mutabilidad.

3. La reformulación acerca de la función general del Estado en la economía y el afianzamiento de la economía de mercado sobre la economía

2. Agustín Gordillo hace el enunciado expresando que "...Así como el sistema previo a la Constitución de 1994 era que el que legisla no ejecuta ni juzga de la ley, el que la ejecuta no la dicta ni juzga de ella, y el que la juzga no la dicta ni ejecuta ahora el sistema se ve complementado e integrado con el principio de que el que concede u otorga un monopolio debe ser el que lo controla" (Tratado...página XV-3)

planificada es evidente que están llamadas a incidir en el régimen general de los servicios públicos. Si bien algunos propugnan por la sujeción integral de los servicios públicos a las reglas del mercado y la aplicación de las normas propias del comercio y del mercado, es lo cierto que son muchas las necesidades colectivas que siguen requiriendo soluciones que en modo alguno cabe, alcanzar conforme a los criterios a deducir de las reglas del mercado³.

C. Las notas características del servicio público

De las reflexiones anteriores surge la posibilidad de enunciar las que pueden ser notas características del servicio público, en el estado actual de la evolución jurídica, las cuales han de vincularse necesariamente al contexto significado por la configuración misma del Estado específico de que se trate y guardar armonía con las realidades sociales y económicas:

Actividad de utilidad general del público.

La noción de servicio público está descartada de aquellas actividades que no buscan la utilidad general del público, que no estén encaminadas a la satisfacción de un interés general.

Ahora bien, es cierto que actividades con miras a la utilidad general, al interés general pueden ser emprendidas por los particulares (corresponderían a la noción de public utilities del derecho anglosajón) y en cuanto tales han de estar sujetas a especiales regulaciones y controles del Estado (por ej: la banca, los seguros, los transportes). Por ello, la exclusiva consideración de la finalidad de la actividad, siendo necesaria, no es suficiente para calificar una actividad como servicio público. En ese sentido cabe puntualizar que la noción de servicio público virtual acuñada por la doctrina y la jurisprudencia francesas (el fallo referido *Compagnie maritime de L'Afrique orientale*. 1.944.) para aludir a aquellos casos en los cuales una persona privada prestara actividades de interés general, fue pronto abandonada. La misma suerte corrió noción de servicio pública social.

3. Sebastian Martín-Retortillo Baquer. *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996 Página 165 a 169.



Actividad cuya titularidad última corresponde al Estado

La finalidad de utilidad pública (en el sentido expresado de utilidad al público) debe ser asegurada directamente por el Estado (para el efecto y según los ordenamientos la organización nacional o las colectividades territoriales), mas allá de su función reguladora y de inspección. Solo aquellas actividades cuya dirección última asuma el Estado, ya sea por mandato de la Constitución Política o mediante los mecanismos previstos en ese estatuto fundamental de los estados, pueden considerarse como servicios públicos para efectos de proyectar ciertas específicas consecuencias no predicables respecto de todas las actividades de interés general.

Ahora bien, no puede quedar librada a la plena discrecionalidad del Estado decidir si asume o no una determinada actividad, ¿ Pero cuál puede ser el criterio que permita dilucidar si el Estado debe asumir o no tal actividad de interés general?

Pareciera que las actividades de servicio público que, por ende, deben ser asumidas por el Estado son aquellas que no siendo necesarias al ser del Estado, como lo son las actividades de soberanía, sino de mera utilidad, si son actividades indispensables para la vida de la sociedad (en términos de a noción del profesor Duguít). Esa nota es la que justifica la asunción por el Estado ⁴.

En ese orden de ideas en el derecho francés actual se señala que actividad es de servicio público cuando concurren dos condiciones: Que la actividad tenga un fin de interés general y que exista un vínculo particular entre esa actividad una persona pública ⁵.

Actividad administrativa de prestación

La actividad de servicio público es una actividad de prestación, en la cual la administración no queda fuera de la gestión (como sí sucede en actividades de policía o de fomento) sino que por organización propia o por delegación provee directamente a la satisfacción de la utilidad requerida.

4. Gaspar Ariño Ortíz, Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público. Marcial Pons Madrid. 1.993. Páginas 303 y 304.

5. Entre otros, Gilles J. Guglieimi, Introduction au Droit des services publics. LGDJ. 1.994, Páginas 30 y 31.

Actividad sujeta a un régimen especial de derecho público.

En este punto es necesario precisar y reiterar que, abstracción hecha del estatuto subjetivo de la entidad a cargo de la gestión, la caracterización de una actividad como de servicio público entraña per se la sujeción a un régimen especial. Ese régimen especial busca asegurar la cabal prestación de la actividad, habida cuenta, precisamente, del carácter indispensable para la vida de la sociedad de la dicha actividad.

El régimen especial enunciado comporta la sujeción a principios y reglas propios (las leyes del servicio público) y la sujeción a controles específicos que exceden de la inspección y vigilancia sobre actividades simplemente de interés general, habida cuenta de la titularidad estatal, así la gestión se desarrolle a través de entidades privadas en concurrencia o no con entidades de origen estatal.

En fin, en la medida en que las actividades de servicio público son indispensables para la vida de la sociedad, la regulaciones pertinentes además de los controles típicamente estatales prevén la existencia de controles ejercidos directamente por la sociedad, como trasunto del principio de participación social inserto en la generalidad de los textos constitucionales.

El régimen jurídico de la actividad administrativa de servicio público.

Las características específicas de la actividad de servicios público, o de los servicios públicos, implica un régimen especial que en el estado actual del derecho se proyecta, según lo atrás expuesto, como régimen común, más allá de las particularidades que puedan significar las características de la entidad gestonaria (Estatal o privada) o la sujeción a las mismas reglas aplicables al Estado en algunas de sus relaciones ⁶.

Esas reglas especiales, a partir de la enunciación del profesor Rolland son:

Principio de continuidad.

La continuidad se considera de la esencia del servicio público y se traduce en el derecho que tienen los usuarios del servicio al funcionamiento nor-

6. Al respecto, Carbajo, Joel *Droit des services publics*. Dalloz. Paris 1.990. Páginas 33 a 53. Linotte, Didier y Mestre, Achille. *Services Publics et Droit Public Economique*, T Y. Litec, Paris, 1982. Páginas 74 a 84.



mal del mismo, sin otras interrupciones que las previstas en las disposiciones vigentes.

Del principio de continuidad del servicio se deriva, como de manera generalizada se acepta, la prohibición del derecho de huelga. Empero en los diferentes regímenes se encuentran modulaciones a dicha prohibición que implican que ella no tenga un carácter absoluto.

Así, en Colombia a la garantía del derecho de huelga no abarca "los servicios públicos esenciales definidos por el legislador" (Artículo 56). En otras latitudes, frente al principio general del derecho de huelga se aboga por el establecimiento en los servicios públicos de la exigencia inquebrantable de un servicio mínimo.

De otra parte, en los casos en que el servicio público se preste en virtud de contratos de concesión, el contratista encargado de la gestión no puede cesar en la prestación del mismo, salvo los casos de fuerza mayor que hagan imposible la ejecución de sus obligaciones.

Principio de adaptación.

Significa que cuando las exigencias del interés general cambien, el servicio público debe adaptarse, para garantizar la prestación "eficiente". La mutabilidad se manifiesta principalmente frente al concesionario del servicio y también en relación con los usuarios del mismo. No obstante, en lo atinente al gestor del servicio es necesario tener en cuenta que las reglas generales aplicables a la contratación administrativa establecen que las modificaciones -no pueden afectar las ventajas financieras del concesionario y, por ello, en el evento en que tales modificaciones rompan el equilibrio financiero, aquel tiene derecho a una indemnización; así mismo, la amplitud de las modificaciones no puede ser de tal naturaleza que lleven a la creación de un servicio nuevo y deben ser compatibles con el modo de gestión escogido.

El usuario del servicio público, en principio, se encuentra colocado en una situación legal y reglamentaria y por tanto no puede oponerse a la adaptación que considere necesaria la autoridad encargada de la dirección del servicio.

Principio de igualdad.

El Principio de igualdad ante los servicios públicos es una proyección necesaria del principio de igualdad proclamado en las disposiciones fundamentales de los Estados.

La obligación constitucional a cargo del Estado explícita en las constituciones y leyes fundamentales implica que a él compete "asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional". Por tanto el principio de igualdad se predica en relación no solo de los usuarios efectivos del servicio sino también de los potenciales usuarios que se beneficiarían del derecho de acceder a la servicio público. Empero, es necesario tener en cuenta que el principio de igualdad no impide el establecimiento de categorías y estratos de usuarios del servicio, ni el otorgamiento de subsidios a ciertas categorías, como lo autoriza la Constitución, ya que esas diferenciaciones reposan en consideraciones de interés general, en diferencias reales de situación o en el mandato legal. El principio de igualdad se aplica en relación con los usuarios de una misma categoría, a condición de que no existan entre los usuarios diferencias reales de situación.

El principio de igualdad ante los servicios públicos, de otra parte, comporta la obligación de neutralidad (que algunos autores consideran como principio autónomo) en virtud de la cual no puede haber discriminación por razones de raza, convicciones ideológicas, políticas o religiosas.

La creación de los servicios públicos

Corresponde al ordenamiento de los Estados determinar la autoridad trazado por la ley y en armonía con el ordenamiento que la Constitución haya dado a las colectividades territoriales- conforme al modelo estatal adoptado y la distribución de competencias dentro de la organización del Estado aquella tendrán mayor o menor autonomía para determinar la estructura el funcionamiento de los servicios, asumiendo su prestación.

La gestión de los servicios públicos.

La reformulación de la utilidad de la noción de servicio público se manifiesta, evidentemente, en los modos de gestión y en el régimen aplicable a los encargados de la misma.



En la medida en que la gestión de los servicios públicos no corresponde con exclusividad al Estado, en la misma pueden estar asociados los particulares. Así mismo, el Estado (para el efecto no solo la organización nacional, también las colectividades territoriales) como sujeto del derecho, en el ámbito público puede gestionar directamente el servicio público o puede hacerlo a través organizaciones, que siendo públicas, en cuanto de él emanan, ostenta características de identidad que permiten proyectarlas directamente en ámbito del derecho y de la acción administrativa (llámese administración especializada - establecimientos públicos- empresas públicas, administración indirecta, o institucional, organismos autónomos, entidades descentralizadas, según las preferencias de la legislación específica)

En ese orden de ideas pueden señalarse como modalidades de la prestación de los servicios: la gestión directa, la gestión indirecta, la gestión por organizaciones sociales y la gestión por particulares.

Sin perjuicio de la existencia de un régimen común de prestación del servicio público, al cual habrá de someterse la gestión, abstracción hecha de las características específicas del gestor (entidad pública, organismo comunitario o social, persona jurídica privada- y dentro de estas entidades sin ánimo de lucro o entes societarios que actúan con finalidad lucrativa, o personas naturales-), es lo cierto que las características "subjetivas" de las entidades gestoras están llamadas a integrar el régimen aplicable, a partir del régimen común derivado precisamente de las características de la actividad de servicio público.

La gestión o administración directa (regie) del servicio ocurre cuando la organización titular del servicio lo presta con sus propios medios, sin crear una nueva organización encargada con exclusividad de la prestación del servicio. El régimen aplicable será el que resulte de la naturaleza y características del servicio público y el propio de organización titular (Nación, entidad territorial - estado federal, comunidad autónoma, departamento, provincia, etc.),

La gestión indirecta, se configura cuando el Estado crea una organización con el propósito de que se encargue, de manera exclusiva de la gestión del servicio público dentro de ese contexto en sus orígenes surgió el estable-

cimiento público como instrumento paradigmático para la prestación de los servicios públicos (dentro de la concepción clásica del servicio público el establecimiento Público se configura como "un servicio público dotado de personalidad jurídica). En el derecho francés como resultado de la dicotomía de los servicios públicos en servicios públicos administrativos y servicios Públicos industriales y comerciales se distinguen, desde el ya mencionado fallo *bac d'Eloka* de 1.921, los establecimientos públicos industriales y comerciales.

A raíz de las nacionalizaciones que siguieron a la segunda guerra mundial las modalidades de prestación de los servicios públicos se amplían y se confía a "sociedades nacionales", cuyo capital es de origen público en su totalidad, la prestación del servicio público; así mismo se crean sociedades de economía mixta a las cuales se encarga de la prestación de un determinado servicio público. Empero, tanto las sociedades nacionales como las sociedades de economía mixta se consideran variantes de prestación de servicios públicos por personas de derecho privado.

En el derecho colombiano, la creación de organizaciones estatales encargadas de la prestación de servicios públicos se halla vinculada primordialmente a las figuras del establecimiento público (persona jurídica de derecho público) y de la empresa industrial y comercial (persona jurídica pública sujeta en cuanto a su actividad al derecho privado).

Las tendencias que se traducen en la implantación de la competencia en el seno de los servicios públicos y que se manifiesta en la existencia de varios operadores o gestores de los servicios públicos, con la necesaria y previa limitación de los monopolios de gestión en cabeza de las organizaciones públicas preexistentes, han implicado que, sin perjuicio, de la vocación prestación de un determinado servicio, conforme a la habilitación establecida en el acto de su creación, la puesta en marcha de las actividades prestación esté condicionada a acto específico de delegación por parte de organización nacional o territorial titular del servicio.

La prestación de los servicios públicos por personas privadas

1. Como ya se señaló, la intervención de los particulares como gestores directos de los servicios públicos no es reciente; mediante contrato de



“concesión” desde el siglo XIX, las personas privadas, a menudo sociedades, eran encargadas de actividades de aquellas ulteriormente calificadas como servicios públicos industriales y comerciales (Fallo Société Commerciale de l’Ouest africain, Tribunal Francés de Conflictos 22 de enero de 1.921). Luego, dentro de la evolución de la teoría del servicio público la jurisprudencia francesa aceptó la gestión directa de servicios administrativos.

Como también ya se ha indicado, hoy en día no se discute la posibilidad jurídica de gestión de los servicios públicos por particulares, No obstante es necesario armonizar esa posibilidad jurídica con el expresado principio de la titularidad del servicio público por parte del Estado. Entonces, el tema se concreta en saber cómo los particulares (personas jurídicas o naturales) pueden verse encargados de una misión de prestación directa de servicio público.

De manera general, se puede afirmar que la intervención de particulares puede darse a través de una de dos vertientes de “delegación”. Mediante contrato o en virtud de un acto unilateral. Como ejemplos de este último supuesto se mencionan las delegaciones que para el ejercicio de servicios públicos “administrativos” pueden recaer por mandato de la ley en organizaciones como las ordenes profesionales en el derecho francés.⁷

2. Las formas contractuales de “delegación” de la gestión de los servicios públicos están dominadas por “la concesión”, aunque en las diferentes legislaciones se encuentran otras modalidades de contratación, como por ej. el arrendamiento y la administración delegada.

Cualquiera sea la forma contractual adoptada surgen tanto para la entidad titular como para el cocontratante derechos y obligaciones recíprocos:

Como principal obligación del contratante privado con miras al cumplimiento del objeto contractual debe señalarse precisamente la de prestar el servicio encomendado de conformidad con las reglas propias del servicio garantizando su continuidad (aún en aquellos casos en que el servicio sea deficitario), la igualdad de los usuarios, así mismo debe sujetarse al con-

7. Gilles Guglielmi. Introducción o droit des services publics. LGDJ, 1994

trol de la entidad concedente pues ésta conserva, como titular, la dirección estratégica última del servicio.

Correlativamente el principal derecho del cocontratante privado consiste en ser remunerado según la específica tipología contractual adoptada; así mismo, el cocontratante tiene derecho al mantenimiento del equilibrio financiero cuando este pueda resultar afectado ya sea por actos de la entidad pública contratante en ejercicio de la potestad de adaptación del contrato o como resultado de hechos imprevisibles al momento de contratar. Igualmente, tiene derecho a ejecutar el contrato hasta la finalización del término pactado. Por su parte, a la administración concedente incumbe como principal obligación la de respetar las condiciones de ejecución del contrato y garantizarle al cocontratante, de manera eficaz, las condiciones adecuadas de ejecución. Ahora bien, habida cuenta de los poderes de modificación que ostenta y conserva la entidad concedente, el cocontratante no puede invocar la llamada *exceptio non adimpleti contractus*, frente a la entidad concedente.

Los "derechos" de la administración concedente se manifiestan en torno del ejercicio de las potestades que le son propias con miras a garantizar la cabal ejecución del contrato: la potestad sancionatoria y la modificación unilateral del contrato.

Nuevas modalidades institucionales para la prestación de los servicios públicos

1. En la medida en que la prestación de ciertos servicios públicos ha dejado de ser "monopolio" de las organizaciones estatales, han aparecido nuevas organizaciones que en su estatuto "subjeto" comprenden tanto a las entidades públicas como a las personas jurídicas privadas que pretenden desarrollar la prestación de servicios públicos.

En Colombia esa tendencia se ha manifestado en torno de la prestación de los llamados servicios públicos domiciliarios (acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural) cuya reglamentación prevé que las entidades que se encarguen de la prestación de alguno o algunos de los servicios enunciados deben organizarse, previa-



mente, como "empresas de servicios públicos" las cuales deben revestir la forma jurídica de "sociedades por acciones".

2. A título ilustrativo, a continuación se señalan las principales características de las empresas de servicios públicos, conforme a las regulaciones de la ley colombiana 142 de 1994.

a. A partir de la definición de las empresas de servicios públicos como sociedades por acciones, la Ley enuncia los requisitos que deben reunir los prestatarios de los servicios públicos en ella regulados, el régimen jurídico general que les es aplicable, lo relativo a los bienes de las empresas y las condiciones y efectos de la participación de las entidades públicas en empresas de servicios públicos. Así mismo señala el régimen de los actos y contratos y el régimen laboral y reglamenta los aspectos relacionados con el control de gestión y resultados, la información de las empresas de servicios públicos, las expropiaciones y servidumbres, la toma de posesión de las empresas y su liquidación, aspectos éstos que integran el régimen normativo, abstracción hecha de quienes sean los accionistas en dichas sociedades.

b. Dentro de la categoría "genérica" de empresas de servicios públicos, la ley atribuye ciertos efectos a la especial conformación del capital social y a la calidad de los partícipes. En ese orden de ideas, entre las definiciones que de acuerdo con el mismo texto legal deben tenerse en cuenta para su interpretación y aplicación se incluyen las siguientes:

Empresa de servicios públicos oficial. "Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen el 100% de los aportes" (artículo 14.5).

Empresa de servicios públicos mixta. "Es aquella en cuyo capital la Nación, entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50 %" (artículo 14.6).

Empresa de servicios públicos privada. "Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para esos efectos a reglas a las que se someten los particulares" (artículo 14.7).

c. También la ley de los servicios públicos desarrolla un régimen especial de participación de las entidades públicas en las empresas de servicios públicos que incide en ciertos aspectos del régimen general que le es aplicable.

En ese orden de ideas, se señalan reglas especiales a las cuales de someterse "la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo que participen a cualquier título en el capital de las empresas de servicios públicos" Así:

- No podrán otorgar ni recibir de las empresas privilegio o subsidio distinto de los que en la misma ley se precisan;

- Pueden enajenar sus aportes. En tal caso deberán utilizar sistemas que garanticen una adecuada publicidad y la democratización de la propiedad en desarrollo de la misma ley " y en desarrollo del precepto contenido en Artículo 60 de la Constitución Política".

- Tienen el deber de exigir una administración profesional, ajena a los intereses políticos, orientada a garantizar el desarrollo del servicio mediano y largo plazo.

- Tienen el derecho (para el cumplimiento de los deberes que les impone ley) de "fijar los criterios de administración y de eficiencia específicos que deben buscar en tales empresas las personas que representen sus derechos en ellas, en concordancia con los criterios generales que fijen las comisión de regulación". Para tales efectos las entidades podrían celebrar contratos de fiducia o mandato para la administración profesional de sus acciones las empresas de servicios públicos, con las personas que hagan las ofertas más convenientes, previa invitación pública".

Los aportes de la Nación, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas en el capital de las empresas de servicios públicos, "que regirán en un todo por las normas del derecho privado", son bienes de la Nación, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas, según sea el caso, así como los derechos que tales aportes confieren sobre el resto del patrimonio y los dividendos que puedan corresponderles. De esta calificación la propia ley deduce el régimen de vigilancia de la



Contraloría General de la República, de las Contralorías departamentales y municipales sobre las empresas de servicios públicos. La vigilancia fiscal que se contrae con exclusividad a los derechos que las entidades mencionadas posean y a los dividendos que correspondería en ejercicios anuales.

- Se señala también como deber de las entidades territoriales sin perjuicio las competencias asignadas por la ley, garantizar " a las empresas oficiales servicios públicos, el ejercicio de su autonomía administrativa y continuidad de la gestión gerencial que demuestre eficacia y eficiencia, podrán anteponer a tal continuidad gerencial intereses ajenos a los de buena prestación del servicio".

d. En fin, la ley de servicios públicos prescribe reglas especiales a las cuales han de someterse los actos y contratos de las empresas de servicios públicos - 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, en lo no dispuesto en esa ley s rigen exclusivamente por las reglas del derecho Privado;

- La ley confiere a las empresas de servicios públicos, "los mismos derecho y prerrogativas que esta ley u otras anteriores confieren para el uso de 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...". Las empresas, conforme a la misma disposición estarán sujetas al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre la legalidad de los actos y a responsabilidad por acción y omisión en uso de tales derechos.

En este caso, quizás se opera, en sentido inverso a las orientaciones que se ha analizado, una aplicación, por excepción, del Derecho público a entidades organizadas conforme al Derecho privado (incluidas aquéllas cuyos socios sean, en su totalidad, particulares).

- Los contratos que celebren las empresas de servicios públicos, y la entidades descentralizadas encargadas de la prestación de los servicios públicos regulados en la Ley 142 de 1.994 se rigen, por principio, por la

disposiciones del Derecho privado. - A pesar del enunciado de principio, se dispone en la ley una autorización para que las Comisiones de Regulación hagan obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar previa consulta expresa que se incluyan en los demás, Cuando la inclusión se forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley de contratación de las entidades estatales y los actos en que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El régimen de los usuarios de los servicios públicos

El servicio público, como se ha expresado, tiene como fin proporcionar prestaciones a los administrados, las cuales han de traducirse, con carácter indispensable, en la calidad de vida de la sociedad en su conjunto.

Por ello, el estudio del régimen de los servicios públicos debe considerar cuál es la posición del destinatario de los servicios públicos, el usuario de los mismos, y cuál su relación con el Estado y con la entidad gestora del servicio, pública o privada. Ostenta el usuario derechos frente al servicio público? cómo puede hacerlos efectivos? qué deberes y obligaciones asume frente al servicio público?

- Por principio, ha de afirmarse que el "usuario" posee un derecho subjetivo para usar de los servicios públicos⁸. En ese sentido, en las Constituciones se define el deber del Estado de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos "a todos los habitantes del territorio nacional" como reza la Constitución Colombiana en su artículo 365 que también impone a la ley determinar los derechos y deberes 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 (Artículo 369).

- El derecho a acceder al uso de los servicios públicos esta condicionado por los reglamentos que al efecto se expidan. No es, por supuesto, un derecho absoluto, Pero cumplidos los requisitos establecidos, y según las características del servicio (si se trata de servicios *uti universi* o *uti singuli*)

8. José Roberto Dromi. Derecho Administrativo. Tomo 2. Astrea. Buenos Aires 1992. Página 20.



singuli) el "usuario" tiene derecho a su disfrute en las condiciones de continuidad y de igualdad inherentes al mismo.

- La relación jurídica entre el usuario y la entidad gestora o prestataria del servicio puede ser legal y reglamentaria (en el derecho francés, por ejemplo, se afirma esa calidad respecto de los servicios públicos administrativos,) o contractual (como se predica en el mismo sistema jurídico en relación con los servicios públicos industriales y comerciales ⁹ y como puede señalarse, en general respecto de servicios como los de teléfonos, electricidad, gas, etc. Mientras que las condiciones de uso y forma de retribución en el primer caso están dadas por el reglamento en el segundo serán determinadas en contrato de servicios, si bien en éste normalmente se incluye un clausura de sujeción al reglamento previamente establecido. Por ello, en el fondo las condiciones de uso dependen siempre del reglamento, que puede modificarlas en cualquier momento.

No obstante, la existencia o no de relación contractual puede incidir en la escogencia de la vía de impugnación y en el juez competente para resolver los litigios que surjan con ocasión de la prestación.

- En fin, el usuario tiene la obligación de "usar" el servicio en las condiciones establecidas en el reglamento y de asumir las contraprestaciones económicas correspondientes, conforme a las tarifas establecidas. No obstante, se debe señalar que ese deber del usuario entraña, correlativamente, el derecho que el señalamiento de la retribución por el servicio, en los casos en que sea procedente (y lo es, en general, salvo en los servicios públicos gratuitos cuyo sostenimiento se logra mediante el pago de los impuestos) responda condiciones generalmente aceptadas de proporcionalidad, irretroactividad, legalidad y efectividad de la prestación.

- Finalmente, cabe aludir a que por virtud del principio de participación usuarios tienen derecho a participar en la gestión y control del servicio los términos de modulación que establezca la ley: Mediante intervención en los órganos directivos de las entidades prestatarias del servicio, o mediante veedurías ciudadanas encargadas del seguimiento de la prestación del servicio.

9. André De Laubadere. Manuel de Droit Administratif. 12^{ème} ed. 1982. Paris. Páginas 284 y siguientes.

La regulación y el control de los servicios públicos. Las autoridades independientes.

El replanteamiento en la gestión de los servicios públicos que se ha operado en los distintos países en los últimos años ha traído aparejado u cambio en la regulación estatal sobre el particular.

Efectivamente, en la medida en que, por virtud de las políticas de desmonopolización de los servicios públicos y de "privatización" de su gestión, el acceso a las tareas de prestación se ha abierto al conjunto de entidades públicas (atendido, por supuesto, el principio de especialidad) y a las personas jurídicas de derecho privado, la regulación, como atrás se expresó, se ha de centrar en la garantía de la calidad de los servicios, en la eficacia de la prestación y la protección de los consumidores y usuarios de los servicios.

La obtención de esa finalidades, bajo inspiraciones primordialmente económicas se pretende lograr a través del juego de los principios conformadores de la libre iniciativa y de la libre competencia.

En ese orden de ideas, y quizá con una acción de trasplante de esquema surgidos en otros ambientes políticos y jurídicos, distintos de aquellos en donde se ha cultivado la noción y la práctica del servicio público, con las especiales connotaciones jurídicas que se han destacado, se busca reducir el tratamiento de las actividades de servicio público al mismo contexto general que sirve de parámetro para el desarrollo, dirección y control de las actividades económicas que las personas ejercitan en sociedad. Esa orientación, en su afán de asegurar la eficiencia (más en los términos de relaciones privadas, como eficacia económica) y la calidad de los servicios bajo las reglas "del mercado", comportan, sin embargo, el riesgo de desplazar el centro de gravitación de las actividades de utilidad y servicio al público indispensables para el desarrollo de la vida en sociedad hacia la garantía de gestor o gestores de los servicios.

La desmonopolización de actividades anteriormente en cabeza del Estado con exclusividad, ha significado la "desregulación" de los monopolios para colocar a los gestores de los servicios públicos en pie de igualdad, sean éstos públicos o privados. Ahora bien, la desmonopolización, normalmente



acompañada de privatización, en virtud de la cual se traslada al ámbito de lo particulares una gestión antes en poder del Estado, no puede significar la sustitución de un monopolio del Estado por un monopolio de los particulares para ello es necesario sustituir la antigua regulación por una nueva bajo nuevos parámetros en una labor que se ha denominado de "reregulación".

Evidentemente, todas las prácticas restrictivas del mercado y el abuso de posición dominante han de estar excluidas y por ello la privatización de empresas y actividades debe ir acompañada de reglas que supriman tanto los privilegios de que gozaban las entidades públicas cuando actuaban en régimen de monopolio, como las cargas que gravitaban sobre ellas, pues unos y otras pueden significar atentados a la igualdad que debe imperar entre los operadores económicos en un sector determinado¹⁰.

La nueva regulación producto del proceso de "desregulación- reregulación debe apuntar, entonces, a la morigeración de los efectos de los monopolios naturales (circunscritos a la infraestructura), a la garantía de la igualdad de los gestores u operadores de los servicios, como trasunto de la libre competencia, en cuanto instrumentos para el logro de la prestación de servicios públicos de la mejor calidad y en las condiciones económicas más favorables para los usuarios. Garantizando a éstos últimos su igualdad real, no solamente formal y declaratoria.

En ese orden de ideas, persistiendo, como es claro, el carácter de actividades indispensables para el desarrollo en sociedad de aquellas que se traducen en utilidad al público, que satisfacen del interés general de la sociedad, es indudable que respecto de ellas y su gestión, el Estado no puede quedarse en un papel de simple árbitro e inspector sino que ha de mantener, con las consecuentes potestades, su condición de titular y director último de las actividades de servicio público.

1. Pero, como ha de ejercer el Estado la titularidad y dirección última de los servicios públicos?

a. En primer término, a través de su potestad de regulación de las actividades de servicio público, en cuyo ejercicio se incluyan los princi-

10. La Constitución de 1.991 y Modernización del Estado Colombiano, Universidad Externado de Colombia Bogotá. 1993. Pág. 170.

pios y reglas que configuran el régimen de los servicios públicos, de que atrás se dio cuenta. El Estado no puede renunciar a las potestades que le permitan, dentro de los límites razonables establecidos, garantizar la continua y eficaz prestación del servicio y asegurar la igualdad de los usuarios. Esas reglas, en su cabal proyección han de acompañarse con aquellas otras llamadas a garantizar los derechos de gestores y operadores, quienes, sin embargo, han de comprender que al vincularse a la prestación de actividades definidas como servicios públicos no buscan satisfacer únicamente una finalidad económicamente valorable (a la que tienen derecho y les debe ser asegurada), sino que asumen una posición de colaboradores de la administración, con los efectos jurídicos (favorables y desfavorables) que ello implica y que se proyectan en el plano de las relaciones contractuales con la entidad concedente del servicio. Con el fin de garantizar la prestación de los servicios en todo el territorio nacional, en los correspondientes contratos se deben establecer mecanismos por virtud de los cuales los operadores se obliguen a la prestación en aquellas partes o ámbitos en los cuales los servicios no resulten rentables.

En segundo lugar, el Estado ha de mantener a su cargo actividades directas de prestación de servicios públicos (a través de organizaciones públicas) para responder en todo momento al imperativo de asegurar dicha prestación a todos los habitantes del territorio nacional.

b. Las nuevas orientaciones en materia de la prestación de los servicios públicos han llevado aparejada la observancia del principio conforme al cual el que concede u otorga un monopolio no debe ser el que lo controle ¹¹, según ya se destacó.

Ese principio debe inspirar la acción estatal de regulación de las condiciones económicas, técnicas y sociales en las que deben ser prestadas aquellas actividades esenciales para la sociedad, antes atendidas por el Estado y ahora a cargo de particulares o en concurrencia con agentes estatales directos, preciso, como sería el profesor Arido Ortiz, armonizar, con prudencia y equidad dos intereses contrapuestos: el de la empresa- que aspira a obtener beneficios por su actividad, cuanto más mejor- y el de los usuarios que quieren tener un servicio seguro, barato y de calidad ¹².

11. Agustín A. Gordillo. Tratado de derecho Administrativo. Macchi. Tercera edición. 1995. Parte general Tomo I. Páginas XV 1 y XV 2.

12. Gaspar Ariño Ortiz. Economía y Estado. Marcial Pons Madrid. 1993. p. página 260.



La fórmula institucional ideada ha sido la de configurar "autoridades" que con independencia (particularmente del "Gobierno") y neutralidad (sin dejarse "capturar" de operadores, públicos o privados) asuman la labor de regulación y de desarrollo de la misma.

Las autoridades de regulación, en el derecho universal, han existido tiempo atrás. Los estudiosos de los temas administrativos coinciden reconocer su origen en el Derecho Angloamericano, con la creación de Interstate Commerce Commission, en 1887. A su imagen y semejanza crearon en los Estados Unidos otras agencias que con el transcurso del tiempo han asumido los ramos más importantes de la Administración y que conocen con el nombre amplio de "independent agencies".

No obstante, en el derecho comparado la existencia de esas autoridades encargadas de esa especial "regulación" ha suscitado controversia, a veces aguda, respecto de su viabilidad y operancia dentro de organizaciones administrativas jerarquizadas como pueden serlo las que responden a esquemas inspirados en el sistema napoleónico de organización administrativa del Estado ¹³.

Efectivamente, si bien la integración de las "autoridades" de regulación, y la permanencia de sus titulares, permite la exclusión de mecanismos propios de las relaciones administrativas de jerarquía y de tutela, es claro que, tal como se postula en la doctrina, tales autoridades son administrativas, tienen un carácter eminentemente público, están situadas en el seno o bajo el Poder Ejecutivo ¹⁴.

13. Franck Moderne, *Les Modèles Étrangers. En Les Autorités Administratives Indépendantes*. P.U.F. Paris. 1988, Páginas 186 a 222. Andrés Betancor Rodríguez. *Op Cit*, páginas 212-226.

14. *ETUDES ET DOCUMENTS. Conseil d'Etat. No. 35. 1983-1984.*

**LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA
DE SERVICIO PUBLICO**



LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE SERVICIO PÚBLICO

Por Jesús Caballero Ortíz
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCION

La noción de servicio Público, puede decirse, es un concepto típicamente francés cuyo origen puede situarse en el célebre arrêt Blanco del 8 de febrero de 1873, dictado por el Tribunal de los conflictos. A raíz de una demanda de responsabilidad civil extracontractual contra el Estado, por el hecho de obreros empleados por la Administración de Tabacos, el citado Tribunal dejó sentado que la responsabilidad del Estado "... por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que él emplea en el *servicio público* no puede quedar regida por los principios establecidos en el Código Civil¹ y su conocimiento, precisamente por ello, por tratarse de un *servicio público* corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa². Ahora bien, ante un caso similar, daños sufridos por los usuarios de una embarcación que transportaba personas y vehículos que dieron lugar a una demanda contra una colonia francesa: La Costa de Marfil, el Tribunal de los conflictos, en el arrêt del 22 de enero de 1921 (Société Commerciale de L'Ouest Africain), sostuvo que las controversias que se suscitaban respecto a los *servicios públicos* que el Estado explota "... en las mismas condiciones que un industrial ordinario" corresponden a la jurisdicción judicial³.

Ahora bien, no se trata aquí, por no ser objeto de la presente ponencia, de presentar un estudio acerca del criterio delimitador de las jurisdicciones contencioso administrativo y judicial en Francia. Sin embargo, es importante destacar el papel que la noción misma de servicio público ha jugado

1. Subrayado nuestro.
2. M. Long, P. Weill y G. Braibant *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, Paris, 1974, pp 1 y ss.
3. *Ibid* pp 161 y ss.

en ese país, y lo cual inspiró a muchos otros, a objeto de determinar la utilidad actual del concepto. En efecto, el *arrêt Blanco*, considerado como la piedra angular del Derecho Administrativo, tuvo la singular importancia de identificar el servicio público con la jurisdicción aplicable, y a pesar de la contradicción que presentan ambas decisiones: noción de servicio público como identificadora de la competencia contencioso administrativa la primera, y noción de servicio público sólo administrativo, para determinar la misma competencia la segunda, aún hoy la jurisprudencia se debate siempre -para determinar la competencia- por conceptos vinculados a la noción del servicio público. Pero la noción no sólo adquirió importancia en Francia desde un punto de vista adjetivo. También desde el perfil sustantivo del Derecho Administrativo la noción cobra un rol fundamental: el concepto de dominio público o de contrato administrativo, a título de ejemplo, se encuentran fundamentados sobre el carácter del servicio público.

II.

NOCION DE SERVICIO PUBLICO

1. Antecedente francés

Bajo las premisas anteriores, una noción de servicio público era indispensable. El Profesor Georges Morange en 1947 ponía de relieve como de una concepción orgánica (actividad que se ubica bajo la dirección de la administración), se pasa en Francia a un concepto "mitad orgánico - mitad material" (el servicio debe funcionar bajo la alta dirección de la Administración, pero con la finalidad de dar satisfacción a una necesidad pública, el servicio debe cumplir un cometido de interés público) para llegar luego a una concepción puramente de orden material (basta sólo el carácter de la actividad, con prescindencia del organismo que lo presta)⁴.

Los pasos que se han señalado, escritos en 1947, parecen mantenerse hoy. Los profesores André de Laubadère, Jean-Claude Venezia e Yves Gaudemet se formulan el siguiente razonamiento:

4. Georges Morange "Le Declin de la notion juridique de service public" en *Recueil Dalloz*, 1947, Chronique, pp 45 y ss.



a. El servicio público puede ser definido, a título de una primera aproximación, como la actividad de una colectividad pública tendente a satisfacer una necesidad de interés general.

b. Esta noción deja de lado las hipótesis cada día más numerosas, en las cuales un servicio público administrado por una persona privada. Entonces, conviene precisar que el servicio público es una actividad de interés general ejercida por una persona pública o por una persona privada bajo el control de una persona pública.

c. Esta definición requiere precisarse aún más en la medida en que ella no permite distinguir el servicio público administrado por una persona privada de la empresa privada de interés general. Llegan entonces a esta definición:

*Se trata de una actividad de interés general ejercida por una persona Pública o bajo el control de una persona pública sometida a un régimen derogatorio del derecho común (prerrogativas de poder público)*⁵

2. La noción de servicio público en Venezuela

La noción francesa del servicio público fue rápidamente exportada a los otros países europeos, y luego a los latinoamericanos. No obstante, la situación venezolana dista mucho de las premisas que inspiraron el concepto en Francia.

a. En primer lugar, la noción de servicio público no es delimitadora de la competencia de los tribunales contencioso administrativos como en Francia, donde ha debido llegarse, por vía jurisprudencial, a las definiciones a las cuales antes hemos hecho mención. La jurisprudencia, en efecto, ha sido tan variada, que la noción de servicio público, entre otras cosas, no puede manejarse sin el ingrediente "prerrogativa de poder público"⁶. En cambio, en Venezuela las normas atributivas de competencia se encuentran claramente delimitadas en la Constitución y en la Ley de acuerdo a un criterio primordialmente orgánico.

5. *Traité de Droit Administratif*, tomo I, 12^o édition, 1992, pp 725 y 726.

6. Decisión del Tribunal de los Conflictos del 25 de enero de 1982 en *Cahiers Juridiques de L'Electricité e du Gaz* N^o 371, octubre 1982, pp 357 y ss.

b. No obstante, en materia sustantiva y, concretamente, en relación a la definición del contrato administrativo, cuyas controversias -en su mayoría- deben dilucidarse ante los tribunales contencioso administrativos, la jurisprudencia se ha apoyado en el concepto de servicio público para delimitarlo, lo que hemos criticado en otra oportunidad⁷ al fundamentarse en criterios tan variados como "contrato que tiende de modo inmediato y directo a la prestación de un -servicio público"; "aquel en que se encuentra subyacente la noción de servicio público" o "el que ha sido celebrado con criterio de servicio público" entre otros.⁸

Ya tenemos entonces una razón para definir el servicio público en nuestro país.

Existe otra -obviamente de mayor peso- y quizá por ello debimos empezar en este punto. En efecto, la Constitución, en su artículo 190, numeral 11, atribuye al Presidente de la República la potestad de decretar, en caso de urgencia comprobada, durante el receso del Congreso, la creación y dotación de nuevos *servicios públicos* o la modificación o supresión de los existentes, previa autorización de la Comisión Delegada, por lo que -naturalmente- la creación, dotación, modificación y supresión de los servicios públicos es función del Congreso. Además, en su artículo 92 la Constitución consagra el derecho a la huelga, pero en los *servicios públicos* este derecho puede ejercerse en los casos en que la Ley lo determine.

En fin, existen diversas leyes que hacen referencia a la noción de servicio público.⁹

Vemos entonces así que si en Francia el concepto tiene un neto carácter jurisprudencial, en Venezuela es la propia Constitución -fundamentalmente- la encargada de hacer referencia al concepto.

7. Véase nuestro libro *Contencioso de Plena Jurisdicción y Demandas contra los Entes Públicos*, Caracas, 1989, p. 88 y ss.

8. Llegar a una concepción unificadora de tales conceptos nos recuerda las conclusiones a las que llega Didier Truchet al considerar al servicio público como una "etiqueta" en "Label de service public et statut du service public" en *L'Actualité Juridique Droit Administratif* N° 7 y 8, julio-agosto 1982, pp. 427 y ss.

9. Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Ley Orgánica del Trabajo, entre otras.



Por lo que respecta a la creación, dotación, modificación y supresión del servicio público, la Procuraduría General de la República ha sostenido que el término debe entenderse en su más amplio sentido y, por tanto, comprende el criterio orgánico, el material y el referido al usuario como servicio individualizable¹⁰.

En cambio, en un dictamen inédito, el Dr. José Antonio Ramos Martínez ha descartado, en la interpretación de la norma constitucional, el criterio puramente material u objetivo, ya que en rigor no se concibe la creación legislativa de una actividad y porque "la dotación" que menciona el numeral 11 del artículo 190 sólo puede referirse a organismos administrativos, es decir, a servicio público en sentido orgánico. Pero -sostiene- el criterio puramente orgánico es insuficiente, porque en él quedarían comprendidos todos los organismos administrativos, llegándose entonces a la conclusión de que es necesaria una ley para crear cualquier dependencia de la Administración, por subalterna que ella sea (un hospital o una estafeta de correos, a título de ejemplo). Por ello, ha de tomarse en cuenta el criterio material, es decir, la actividad, por su especial trascendencia para la ciudadanía y ser sometida a un régimen jurídico particular que la excluya del campo de la iniciativa privada.

Ahora bien, si tal criterio, el cual compartimos, es el que debe adaptarse al interpretar la norma constitucional en referencia ¿cuál debe emplearse respecto al derecho de huelga consagrado en el artículo 92 del mismo Texto? en los servicios públicos el derecho de huelga se ejercerá en los casos en que la Ley lo determine y, de acuerdo al artículo 496 de la Ley Orgánica del Trabajo, el derecho de huelga podrá ejercerse en los servicios públicos cuando su paralización no cause perjuicios irremediables a la población o a las instituciones. Esta disposición ha de interpretar el concepto de servicio público en su acepción primordialmente material, ya que es la regla de la continuidad del servicio la que ha inspirado el condicionamiento del derecho y, tal regla, guarda una relación más estrecha con la actividad dirigida al usuario que con la estructura administrativa.

c. Las referencias anteriores nos llevan a una irremediable conclusión: la errada utilización de conceptos, en materia jurídica, que se

10. *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1962*, Caracas, 1963, pp 23 y ss.

presentan como ambivalentes, sin que la jurisprudencia haya podido dar una solución definitiva al respecto. Si un concepto jurídico implica siempre un determinado régimen jurídico -pues de otro modo no tendría razón de ser -esos mismos conceptos jurídicos deben ser claros y precisos, pues convertirlos en "etiqueta"¹¹ implica darles las más variadas interpretaciones, en desmedro de la necesaria seguridad jurídica que preserve por igual a la Administración y a los administrados.

En este orden de ideas, en nuestro país no puede hablarse de una acepción única y aceptable del concepto. Ha de interpretarse cada norma que exprese la noción de servicio público y de tal puede surgir una definición diferente. Por ello, es reprochable que el Constituyente o el Legislador recurran al término cuando perfectamente han podido hacer alusión a la estructura o a la organización administrativa, si es que a ellas era a las cuales querían referirse.

Por otra parte, entender por servicio público aquella actividad que aun cuando sea manejada por un particular se encuentre bajo el control del Estado, implica un empirismo criticable. No existe prácticamente actividad particular cuyo régimen no se encuentre limitado por reglamentaciones propias de la policía administrativa, ya bien sea a nivel nacional o a nivel municipal: panaderías, tintorerías, abastos, restaurantes y comercios de diversa índole se encuentran bajos esas reglamentaciones. ¿Son entonces esas actividades acreedoras de la calificación de servicio público? Nunca se ha planteado ni considerado de esa forma. Además, las técnicas autorizatorias y concesionales, que podrían distinguir una simple actividad comercial de una de servicio público, manejan tan indistintamente en el ordenamiento jurídico que tampoco permiten calificar como servicio público a lo que durante mucho tiempo se consideró como propio del mismo cuando la actividad era prestada por un particular, es decir, la técnica concesional. Esta se da hoy para actividades que no se consideran servicio público, así como la autorización se otorga para actividades calificadas como tales.

d. En síntesis, creemos que de la noción servicio público no puede darse una noción unívoca, y ello, como consecuencia de la libre importación del término. Como antes señalamos, si el legislador quiso con él refe-

11. Ver el artículo citado en la nota 8.



rirse a una estructura administrativa, debió calificarla expresamente de esa manera. Si la idea fue la reserva al Estado de una determinada actividad, emplearse correctamente esos términos¹² y si tal actividad iba dirigida directamente a prestar un servicio a la colectividad, de igual modo señalarlo concretamente, pues calificar las mismas como servicios públicos virtuales -como lo ha hecho un sector de la doctrina- no significa, ni más ni menos, que una mayor desnaturalización del concepto¹³.

En este, como en otros campos del Derecho Administrativo, el Legislador suele emplear vocablos que estima poseen univocidad, cuando más bien lo que originan son desequilibrios dentro del ordenamiento jurídico.

III. REGIMEN JURIDICO

¿Puede hablarse de régimen jurídico respecto a una noción que cubre realidades jurídicas variables, que no es por tanto una categoría jurídica, pues la incertidumbre la envuelve?

Sin embargo, al importar el término, nuestro país trajo consigo también el régimen jurídico francés y, con él, las famosas reglas de Rolland: los servicios públicos son gratuitos, deben prestarse en igualdad de condiciones, en forma continua y bajo la regla de adaptación.

Ahora bien, mencionar esas reglas y caracterizar con ellas el régimen jurídico del servicio Público confirma nuestra posición de crítica a la noción: la gratuidad, no entendida ya -obviamente en este sentido- sino como servicio subsidiario por el Estado por razones de interés general, constituye una regla que cada día se supera bajo el principio de que los servicios, califíquese los de públicos o no, deben autofinanciarse.

12. La reserva no puede considerarse como inherente a la noción si se toma en cuenta que las actividades sanitarias y de enseñanza -tradicionalmente calificadas como servicios públicos- no se prestan bajo un régimen de monopolio ni de concesión. Ver sobre el particular Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Madrid, 1992, p. 322.

13. Largas disquisiciones se han producido en Francia para determinar si una actividad es o no un servicio público: la teatral ha tratado de fundamentarse en su carácter artístico, cultural o social (ver conclusiones de M. Bertrand, Comisario de Gobierno, al arrêt Dame Maron del 26 de enero de 1968 en *L'Actualité Juridique Droit Administratif* N° 5, mayo 1968, p. 293.

¿Y qué decir de la continuidad?

Hablar de ello nos presenta un Derecho ajeno absolutamente a la realidad del país. Habría que descalificar de la noción de servicio público a las actividades prestadas por los hospitales y escuelas del Estado, donde las huelgas se producen con una frecuencia característica y bajo la tolerancia del Estado. Todo ello nos confirma, entonces, que hemos aplicado, en teoría, un régimen jurídico a una acepción muy lejana -insistimos- de constituir una categoría jurídica. Y al no serla, era imposible que resultara efectiva la aplicación del régimen jurídico importado del mismo país de donde trajimos el concepto.

**EL REGIMEN DE LAS
CONCESIONES ADMINISTRATIVAS**
(Traducción de Alejandro Vergara Blanco, profesor de la
Pontificia Universidad Católica de Chile).



EL REGIMEN DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

Por Pierre BON
Profesor de la Université de Pau des Pays de l'Adour
Director del Institut d'études juridiques
ibériques et ibérico-américaines
(Centre national de la recherche scientifique, ESA 5058)

Referirse al régimen de las concesiones administrativas en derecho francés implica, previamente, precisar lo que se entiende por concesión administrativa. En efecto, el término concesión administrativa abarca figuras jurídicas cuyas características son muy diferentes y, por consecuencia, su régimen está lejos de ser uniforme.

I. DIVERSIDAD DE CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

Como se ha dicho¹, "las concesiones constituyen una suerte de mundo consistente, si se prefiere, en un pabellón que cubre una cantidad considerable de mercancías".

En primer lugar, el término concesión es a veces utilizado a propósito de actos que, en realidad, son actos unilaterales.

En segundo lugar, el término concesión puede designar un contrato, y éste puede implicar un contrato de derecho privado celebrado por una persona pública y no un contrato administrativo. Por ejemplo, una concesión de terrenos de uso agrícola (que no formen parte del dominio público) otorgada a título precario por el poder público a particulares, constituye, si ella no contiene ninguna cláusula exorbitante de derecho común, un contrato de arrendamiento de derecho privado.

1. A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tomo I, L.G.D.J., 1983, p. 283.

Sin embargo, la mayoría de las veces, el término concesión administrativa designa un contrato administrativo. Pero, como no todas las dificultades están reguladas, por esa razón es posible encontrar contratos administrativos de naturaleza muy diferente. No obstante, en resumen, tres grandes categorías de contratos administrativos, denominados concesiones, pueden ser identificados por referencia a los conceptos de servicio público, de obras públicas y de dominio público: las concesiones de servicio público (A), las concesiones de obras públicas (B), y las concesiones de ocupación del dominio público (C).

1. Las Concesiones de Servicio Público ²

Según una definición generalmente admitida, "la concesión de servicio público es una convención por la cual una persona pública (concedente) encarga a otra persona (concesionario) la explotación de un servicio público mediante una remuneración determinada por los resultados financieros de la explotación" ³.

La concesión de servicio público es entonces, de partida, una convención, es decir, un contrato celebrado entre dos personas de derecho. Este contrato comprende en realidad dos documentos: en primer lugar, el acto de concesión propiamente dicho que designa al concesionario y el servicio público concedido; en seguida, el pliego de condiciones que enumera en detalle los derechos y obligaciones de las partes. Por cierto, este contrato presenta un cierto número de particularidades en relación a la teoría general de la contratación administrativa y sobre las cuales se volverá luego: en efecto, por una parte, algunas de sus cláusulas son cláusulas auténticamente contractuales (por ejemplo, las cláusulas relativas a las condiciones financieras otorgadas al concesionario: aportes reembolsables, subvenciones, garantías de intereses) que no conciernen sino sólo a

2. Sobre las concesiones de servicio público ver, especialmente, el *Traité des contrats administratifs* de A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, precitado; C. Bettinger, *La concession de service public et de travaux publics*, Berger-Levrault, 1978 ; J. Dufau, *La concession de service public*, Editions du Moniteur, 1979 ; C. Bréchon-Moulènes et autres, *La concession de service public face au droit communautaire*, Editions Sirey, 1992 ; C. Bettinger et G. Le Chatelier, *Les nouveaux enjeux de la concession après les réformes de 1993 et 1995*, Efe, 1995.

3. A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *op. cit.*, p. 297.



las partes contratantes y que no pueden ser invocadas por terceros; por otra parte, a la inversa, otras cláusulas son consideradas como cláusulas reglamentarias (las cláusulas relativas a la organización y al funcionamiento del servicio público concedido) de tal suerte que ellas pueden ser invocadas por los terceros y especialmente por los usuarios del servicio. Pero estas particularidades dicen mas bien relación con los efectos de la concesión (se dice normalmente que ella constituye un acto convencional generador de efectos reglamentarios) que con su naturaleza misma: se trata de un contrato, fruto del acuerdo de las voluntades de dos partes. Esto es lo que permite distinguir la convención de otras modalidades de gestión de servicios públicos en las cuales, como en ella, el servicio es confiado a una persona distinta de la administración que ha establecido el servicio, pero que, a diferencia de la convención, el servicio le está confiado por la vía de un acto unilateral (como es el caso de las habilitaciones unilaterales para administrar el servicio público).

Este contrato es celebrado entre una persona pública y otra persona de derecho. Antiguamente esta última siempre debía ser una persona de derecho privado. Este no es el caso en la actualidad, en la medida que ahora ocurre que el concesionario puede ser una persona de derecho público: por ejemplo, "Electricité de France", que es un establecimiento público, es decir una persona pública, es concesionario del Estado en lo que concierne a la red general de alimentación de electricidad y concesionario de las colectividades locales en lo que concierne al servicio de distribución de electricidad.

Este contrato tiene por objeto confiar al concesionario la explotación de un servicio público. Antiguamente se trataba de servicios públicos industriales y comerciales (electricidad, gas, agua, vías férreas, ...). Recientemente, se ha visto aparecer la concesión en el ámbito de los servicios públicos administrativos (autopistas, túneles, puentes con peaje, servicios públicos hospitalarios,...). Pero, tanto en un caso como en otro, para que se trate de una concesión de servicio público, no es suficiente que el contrato se refiera a una actividad de servicio público. Es necesario que el concesionario reciba el encargo de la integralidad del servicio público correspondiente, y que él administre en su nombre y por su cuenta (es lo que explica por otra parte que el contrato de concesión de servicio público sea un contrato administrativo, ya que según la teoría general de la

contratación administrativa, son especialmente contratos administrativos aquellos contratos que implican la participación del cocontratante de la administración en la ejecución misma de un servicio público).

La remuneración del concesionario, que es el último elemento de la definición de concesión de servicio público, depende de los resultados financieros de la explotación. Antiguamente se afirmaba incluso que para que pudiese existir una concesión de servicio público, era necesario que el concesionario fuese exclusivamente remunerado por las rentas pagadas por los usuarios. Si él era remunerado por un precio pagado por la administración, tratábase no de una concesión, sino de una contratación especial llamada "marché", a menudo un "marché" de empresa de obras públicas⁴. En otros términos, la distinción entre la concesión y el "marché" dependía del modo de remuneración del cocontratante: renta pagada por los usuarios en el primer caso, precio pagado por la administración en el segundo caso⁵. Pero, actualmente, no es raro que el concesionario de la administración recurra a otros recursos, adicionales a las rentas que recibe de los usuarios del servicio: por ejemplo, ingresos obtenidos de la publicidad a la cual el servicio público sirve de soporte, incluso hasta el apoyo financiero consentido por el concedente en caso de déficit de la explotación del servicio, con el fin de garantizarle un cierto nivel de ingresos. Se puede incluso llegar ahora a que la concesión de servicio público, cuando el concesionario no obtenga recursos de las rentas que recibe de los usuarios del servicio, pueda obtenerlos, por ejemplo, en su

4. Por "marché" de empresa de obras públicas, se entiende un contrato por el cual la administración confía a un empresario, no solamente la construcción de una obra pública, sino igualmente su explotación, y el empresario es remunerado por un precio pagado por la administración. En la medida en que la explotación de la obra constituye muy corrientemente una actividad de servicio público, sería más lógico hablar de "marché" de empresa de obras públicas y de servicio público (incluso en el caso en que el empresario no ha construido la obra sino simplemente administrar el servicio público daría lugar a un "marché" de empresa de servicio público; pero esta expresión no es recibida ni en doctrina ni en jurisprudencia. Ver en todo caso, G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, tome 2, 12^e edición, 1992, F.U.F., p. 790)
5. Conseil d'Etat, 11 diciembre 1963, Ville de Colombes, Rec. CE, p. 812 : no puede ser un "marché" un convenio que considera una remuneración del cocontratante por una renta. - Conseil d'Etat 26 noviembre 1971, Société industrielle de fertilisants humiques et de récupération, Rec. CE, p. 723 ; R.D.F. 1972, p. 239, conclusions M. Gentot ; R.D.F. 1972, p. 1245, nota M. Waline ; A.J.D.A. 1971, p. 649, crónica D. Labetoulle et P. Cabanes : no puede considerarse concesión de servicio público un contrato que contemple una remuneración por un precio.



totalidad, de la publicidad ⁶. Por tales razones conviene relativizar el alcance del criterio de la remuneración por las rentas obtenidas de los usuarios. Es cierto que, desde que el concesionario es financiado por tales rentas, se está en presencia, forzosamente, de una concesión de servicio público; pero existir igualmente concesión de servicio público aún incluso en el caso en que no existan rentas percibidas de los usuarios, desde el momento que el concesionario es remunerado no por un precio entregado por la administración, sino por ingresos que recibe en función de los resultados financieros de la explotación.

2. Las Concesiones de Obras Públicas ⁷

La concesión de obras públicas es generalmente definida como "una convención por la cual una persona pública encarga a otra persona la realización de una obra pública o la explotación de la obra pública resultante, mediante una remuneración determinada por los resultados financieros de la explotación" ⁸.

Existen varios elementos comunes entre la concesión de servicio público y la concesión de obras públicas:

- existencia de una convención;
- el hecho que esta convención sea celebrada entre, de una parte, una persona pública y, de otra parte, otra persona de derecho, sea que se trate de una persona de derecho público o de una persona de derecho privado; y,
- modalidades de remuneración del concesionario.

En realidad, el aspecto que más claramente distingue a ambos tipos de concesión es su objeto: el objeto de una concesión de obras públicas es la

6. Ver por ejemplo, a propósito del contrato que entrega a una sociedad privada la gestión de una cadena de televisión y que ha sido calificada de concesión de servicio público aún cuando incluso la sociedad privada obtiene todos sus recursos de la publicidad, las conclusiones del comisario del gobierno O. Dutheillet de Lamothe sobre Conseil d'Etat 16 avril 1986, Compagnie luxembourgeoise de télévision et autres, R.D.P. 1986, p. 864.

7. Sobre las concesiones de obras públicas, ver especialmente, el *Traité des contrats administratifs* de A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, précité; C. Bettinger, *La concession de service public et de travaux publics*, précité; J.-M. Auby et P. Bon, *Droit administratif des biens*, Dalloz, 1995, 3^e edición, p. 208.

8. A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, op. cit., p. 309.

realización de obras públicas y la explotación de la obra resultante, sin necesidad que ella sea, en principio, servicio público. Sin embargo, en el caso particular, por lo demás frecuente, en que la explotación de la obra sea constitutiva de una actividad de servicio público, es a la vez una concesión de obras públicas y de servicio público⁹ de tal suerte que la convención comprende tanto las cláusulas reglamentarias (aquellas relativas a la explotación del servicio público) como las cláusulas contractuales (aquellas extrañas a la explotación del servicio público, por ejemplo aquellas concernientes a los beneficios financieros otorgados al concesionario). En cambio, cuando se trata de una concesión de obras públicas pura, es decir, sin servicio público, la concesión comprende sólo cláusulas contractuales. Evidentemente, se trata de un contrato administrativo, por aplicación de las disposiciones de la ley de 28 pluvioso, año VIII.

3. Las Concesiones de Ocupación del Dominio Público¹⁰

Los contratos que implican la ocupación del dominio público son usualmente denominados concesiones: "concesiones de vía pública", "concesiones de anuncios publicitarios", "concesiones funerarias", "concesiones sobre las aceras, a favor de cafés y restaurantes", "concesiones de emplazamiento en los mercados", "concesiones de contención o dique, que permite a su titular efectuar obras destinadas a sustraer terrenos de la acción de las olas", ... etcétera.

Su definición es simple: se entiende por tales a las convenciones por las cuales las personas públicas entregan a otras personas, públicas o privadas, ciertas dependencias del dominio público que dependen de su autoridad, las que estas personas podrán ocupar privativamente, quedando entendido que esta ocupación podrá, en caso necesario, ser una ocupación que implique modificaciones materiales en el terreno (en Francia se dice, con "emprise"), es decir, con penetración en el subsuelo.

En la medida que se trata de convenciones, estas concesiones deben ser distinguidas de las autorizaciones unilaterales de ocupación del dominio

9. Conseil d'Etat, 14 de febrero de 1975, Epoux Merlin, Rec. CE, p. 109 ; A.J.D.A. 1975, p. 225, chronique MM. Franc et Boyon ; R.D.F. 1975, p. 1705, nota M. Waline ; convención celebrada entre el Estado y una sociedad, que tenía por objeto la construcción y, enseguida, la explotación de una autopista.



público, sea que estas autorizaciones sean sin modificaciones materiales en el terreno (caso en el cual ellas tienen el nombre de "permiso de estacionamiento"), sea que estas autorizaciones sean con modificaciones materiales en el terreno (caso en el cual son llamadas "permisos de vía pública").

En contrapartida de la ocupación del dominio público, tanto el concesionario como los mencionados permisionarios, deben en principio entregar una renta a la administración.

Estas concesiones, al igual que todos los contratos que conllevan ocupación del dominio público, son contratos administrativos, por aplicación de las disposiciones de un decreto ley de 17 de junio de 1938.

Como puede verse, el término "concesión administrativa" recubre, en derecho administrativo francés, realidades muy diferentes, y de las cuales se ha dado, con la concesión de servicio público, la concesión de obras públicas y la concesión de ocupación del dominio público, tres ejemplos característicos (entre otros). Esto tiene evidentemente una consecuencia sobre el régimen jurídico aplicable: es obvio, en efecto, que la concesión de servicio público no está sometida al mismo régimen jurídico que la concesión de obras públicas o que la concesión de ocupación del dominio público; al contrario, existen reglas específicas que rigen a cada uno de estos tres tipos de concesiones (y a los otros). En la imposibilidad práctica de exponer aquí en detalle las reglas aplicables a cada una de estas tres grandes categorías de concesiones, me limitaré a analizar el régimen jurídico de una de ellas: la concesión de servicio público, en la medida que su régimen conoce en Francia, actualmente, profundas modificaciones, sobre lo cual he estimado conveniente rendir cuenta.

II.

ACTUALIDAD DEL REGIMEN DE LAS CONCESIONES DE SERVICIO PUBLICO

El régimen jurídico de la concesión de servicio público, definido en lo esencial por la jurisprudencia a comienzos de este siglo, no había sido modificado durante largo tiempo, a pesar de la evolución de la misma

noción de concesión unida especialmente a la modificación de la calidad de concesionario (persona pública y no solamente persona de derecho privado) y a la apertura de la concesión a servicios públicos nuevos (servicios públicos administrativos y no solamente servicios públicos industriales y comerciales). A pesar de una cierta originalidad resultante de que la concesión de servicio público es un medio de gestión de servicios públicos y que ofrece particularidades, como la existencia en su seno, junto a cláusulas auténticamente contractuales, de cláusulas reglamentarias, por otra parte, su régimen era claramente calcado de aquél aplicable a todos los contratos administrativos. Por ejemplo, el concedente disponía de los mismos poderes sobre su concesionario que, en la teoría general de los contratos administrativos, la administración sobre su cocontratante:

- derecho de dirección y de control;
- derecho de sanción, que se manifestaba especialmente por la posibilidad del concedente de infligir al concesionario que no ha respetado sus obligaciones, ya sea una sanción coercitiva llamada "mise sous séquestre" (poner bajo secuestro)¹¹, ya sea una sanción resolutoria llamada "déchéance" (decadencia)¹² ;
- derecho de modificación unilateral del contrato con la condición que la modificación no concierna a las cláusulas contractuales (por ejemplo las cláusulas relativas a las ventajas financieras consentidas al concesionario) y con la condición que esta modificación no sea de una amplitud tal que ella, en definitiva, termine en la creación de un servicio enteramente nuevo;
- derecho de resciliación basado en el interés general, es decir, fuera de toda falta del concesionario, y que tiene el nombre particular de "rachat" (rescate)¹³.

-
10. Sobre las concesiones de ocupación del dominio público, ver especialmente, el *Traité des contrats administratifs* de A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, precitada, J. Dufau, *Le domaine public*, Editions du Moniteur, 1993, 4^o edición ; J.-M. Auby et P. Bon, *Droit administratif des biens*, precitado, p. 139.
 11. Desde que se ha puesto bajo secuestro, el concedente sustituye temporalmente al concesionario y administra el servicio bajo el beneficio y riesgo de este último.
 12. Es conveniente en todo caso hacer notar que, contrariamente a la teoría general de los contratos administrativos, el concedente no puede decidir unilateralmente la resolución de una concesión de servicio público, salvo que en el texto mismo de la concesión se le atribuya expresamente un tal poder. Si ese no es el caso, la "déchéance" no puede ser declarada sino por el juez competente.
 13. Era entendido que el concesionario excluido tenía derecho a una indemnización llamada "indemnización de rescate".



De su lado, el concesionario dispone del derecho fundamental al equilibrio financiero del contrato: si este equilibrio financiero se rompe, tiene el derecho a una indemnización dentro del marco de las teorías clásicas del derecho de los contratos administrativos, la teoría del hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión.

Estas reglas tradicionales, configuradas hace mucho tiempo por la jurisprudencia, permanecen aún en vigor. Pero no es posible deducir por lo tanto que el régimen jurídico aplicable hoy día a las concesiones de servicio público sea, en todos sus aspectos, idéntico a aquel que regía a principios de siglo. Al contrario, sobre otros aspectos, y después de algunos años, hemos presenciado modificaciones muy importantes, de las que conviene rendir cuenta en detalle, pues ellas son de gran actualidad. Algunas conciernen a la selección del concesionario (A). Otras tratan de la duración de la concesión (B). En fin, otras son relativas al control susceptible de ser ejercido sobre la concesión (C) ¹⁴. En su esencia, ellas están inspiradas por el deseo de luchar contra la corrupción a que puede dar lugar la celebración de concesiones de servicio público, y con ello, reforzar el Estado de Derecho.

1. Modificaciones Concernientes a la Selección del Concesionario

Uno de los grandes principios, y más tradicionales, del derecho de las concesiones de servicio público es la regla de *lo intuitus personae*: ¹⁵ aún cuando, en la mayor parte de los casos, la administración no puede elegir libremente a su cocontratante ¹⁶, en el caso particular de la concesión de

14. Debe anotarse que las modificaciones conciernen igualmente el derecho de entrada ("droit d'entrée") que ciertos concedentes hacían pagar a sus concesionarios antes de confiarle la explotación del servicio, derechos de entrada que el concesionario hacía en realidad soportar a los usuarios del servicio, repercutiendo en la renta que ellos cobraban. De una parte, la entrega por el delegatario de derechos de entrada a la colectividad delegante está en adelante prohibida cuando la delegación concierne al agua potable, al saneamiento o a las basuras domiciliarias y otros residuos (ley n° 95-101 de 2 de febrero de 1995). De otra parte, y en los otros casos, los montos y los modos de cálculo de los derechos de entrada y las rentas pagadas por el delegatario a la colectividad local delegante deben al menos ser justificadas (ley n° 93-122 de 29 de enero de 1993).

15. Th. Alibert, "L'intuitus personae dans la concession de service public: un principe en mutation?", R.A. 1990, p. 507.

16. Ver por ejemplo, en materia de "marchés" públicos, los artículos 83 y siguientes y 279 y siguientes del Código de los "marchés" públicos, en lo que concierne respectivamente a los

servicio público (y de los contratos conexos), "se encuentra establecido que el concedente tiene la posibilidad de efectuar libremente la selección del concesionario"¹⁷. El concedente dispone en la materia, entonces, de un poder auténticamente discrecional¹⁸, que es generalmente justificado por el hecho que la administración no querría delegar por un largo tiempo la gestión de una actividad tan importante como lo es una actividad de servicio público a una persona en la cual ella no tuviese una entera confianza y que le sería impuesta por el juego de mecanismos de selección automáticos de su cocontratante.

Como es posible imaginarse, una tal libertad de selección no ha dejado de favorecer los comportamientos fraudulentos: las autoridades administrativas hasta ahora han utilizado este poder discrecional para imponer a los candidatos a concesionarios, si ellos quieren ser elegidos, la entrega de sobornos (se dice en Francia: "pots-de-vin"); o son los propios candidatos a concesionarios los que muchas veces proponen tales sobornos; y estos últimos sirven generalmente sea para financiar tal o cual partido político, sea para enriquecer personalmente a tal o cual elegido. En otros términos, y como claramente lo ha demostrado en 1992 un informe oficial,¹⁹ la libertad total dejada al concedente ha sido un factor incontestable de corrupción.

Es la razón por la cual el legislador ha intervenido con la ley n° 93-122 de 29 de enero de 1993 relativa a la prevención de la corrupción y a la

celebrados por el Estado y a los celebrados por las colectividades locales. Estos artículos disponen que tales contrataciones son en principio concertadas sea por adjudicación sea por llamado a ofertas, la posibilidad de utilizar un procedimiento llamado "negociado" (antiguamente procedimiento llamada "de gré ... gré", de común acuerdo) dejando una libertad total a la administración no era posible que en los casos tan particulares como, por ejemplo, los "marchés" de poca importancia o los "marchés" de la defensa nacional.

17. Ver por ejemplo Conseil d'Etat 16 de abril de 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et autres*, Rec. CE, p. 97; R.D.P. 1986, p. 284, conclusiones ya citadas O. Dutheillet de Lamothe; J.C.P. 1986.II.20617, nota M. Guibal; D. 1987, J.100, nota F. Llorens; R.F.D.A. 1987, p. 2, nota P. Delvolvé; R.F.D.A. 1987, p. 11, nota F. Moderne.
18. El cual no está sometido, de parte del juez, al control del error manifiesto de apreciación (Conseil d'Etat 23 juin 1986, *Société Hit TV et Syndicat de l'armagnac et des vins du Gers*, Rec. CE, tables, p. 607; R.F.D.A. 1987, p. 19, conclusiones M. Fornacciari) al cual, en principio, está al menos sometido todo acto discrecional.
19. "Prévention de la corruption et transparence de la vie économique", informe al Primer Ministro de la Comisión de prevención de la corrupción, presidida por Robert Bouchery, "La documentation française", 1993.



transparencia de la vida económica y de los procedimientos públicos²⁰ modificada por la ley n° 95-127 de 8 de febrero de 1995, relativa a los "marchés" públicos y delegaciones de servicio público, no para descartar el principio *intuitus personae*, que permanece, sino que con el objetivo de que la libre selección realizada por el concedente se realice con más claridad y transparencia.

Antes de exponer las nuevas reglas así instituidas por el legislador, y que han sido desarrolladas por decreto, conviene precisar que ellas se aplican no solamente a la concesión de servicio público, sino, más generalmente, según los propios términos de los artículos 38 y siguientes de la ley de 1993, a las delegaciones de servicio público. El legislador no había definido hasta ahora lo que se debía entender por delegación de servicio público, y la cuestión ha dado lugar a una considerable literatura especializada²¹. La expresión comprende, sin ninguna duda posible, la concesión de servicio público y otro tipo de contrato administrativo que es muy semejante a la anterior: la "affermage" (cuya traducción más cercana es arrendamiento, pero no es exacto)²², es decir, dos tipos de contratos en los cuales el cocontratante administra por su propia cuenta y es remunerado en función de los resultados financieros de la explotación, y que se corresponden bien a aquello que parece implicar la idea de delegación del servicio público. La respuesta es ya menos evidente en lo que concier-

20. Ley llamada "Sapin", a raíz del apellido del ministro que le dió origen a este texto, y en la que las disposiciones relativas a las colectividades locales han sido codificadas en los artículos L. 1411-1 y siguientes del Código general de las colectividades territoriales. Es de notar que esta ley ha seguido una evolución empezada por la ley n° 91-3 de 3 de enero de 1993 relativa a la transparencia y a la regularidad de los procedimientos de los "marchés" y sometiendo la aprobación de ciertos contratos a las reglas de publicidad y de puesta en competencia y por el artículo 52 de la ley n° 92-125 de 6 de febrero de 1992, de orientación relativa a la administración territorial de la República.

21. Ver por ejemplo, la bibliografía ofrecida por R. Chapus en su *Droit administratif général*, tome 1, 9^e édition, 1995, Montchrestien, pp. 558-559.

22. Del mismo modo que la concesión de servicio público, la "affermage" es una convención por la cual se le encarga a un cocontratante la gestión de un servicio público bajo su responsabilidad y mediante una remuneración ligada a los resultados financieros de la explotación, especialmente gracias a las rentas percibidas de los usuarios. En todo caso, la "affermage" se distingue de la concesión en el sentido que la administración entrega al "arrendatario" (*fermier*) las obras necesarias para la explotación del servicio; en cambio, en principio, el concesionario debe construir él mismo estas obras. Esto tiene por consecuencia que el "arrendatario" debe entregar una renta a la administración contratante, lo que no se aplica en materia de concesión de servicio público.

ne a la llamada "régie intéressée"²³. La "gerencia" no es ella, verdaderamente, una delegación de servicio público, pero la remuneración del gerente es a suma alzada, la colectividad pública conserva los beneficios y asume las pérdidas, de tal suerte que no está muy lejos de un "marché" de servicio. En cuanto al "marché" de empresa de obras públicas y de servicio público, ellos no entran, según el juez administrativo, en la categoría de las delegaciones del servicio público, en la medida en que el cocontratante no es sustancialmente remunerado por los resultados de la explotación sino, como se ha dicho antes, por un precio pagado por la administración²⁴. Por otra parte, la regla *intuitus personae* no se aplica a los contratos que, constitutivos de un "marché" público, están sometidos, en materia de selección del cocontratante de la administración, a la disposiciones mucho más estrictas del Código de "marchés" públicos.

Desarrolladas estas precisiones generales, es importante exponer ahora las nuevas reglas destinadas a regular la libre selección por la administración de su concesionario²⁵ y que definen un régimen general (1) seguido de dos regímenes particulares, uno implica un régimen agravado (2) en relación al régimen general, y el otro implica un régimen simplificado (3).

A. El Régimen General

Este régimen fue establecido en el artículo 38 de la ley de 1993 y en el decreto n° 93-471 de 24 de marzo de 1993, que desarrolla las disposiciones.

-
23. Del mismo modo que la concesión de servicio público, la "régie intéressée" es una convención por medio de la cual se encarga al cocontratante la gestión de un servicio público mediante una remuneración ligada a los resultados de la explotación. Pero, a diferencia del concesionario, esta remuneración no está ligada a los resultados financieros de la explotación, es decir, a los beneficios realizados, sino a otros elementos de la explotación que no constituyen en realidad beneficios, y que la administración toma en cuenta para fijar su monto, por ejemplo, número de viajeros transportados o número de prestaciones efectuadas. Otra diferencia consiste en que el concesionario administra el servicio bajo su propio nombre, y el "régisseur intéressé" por cuenta de la colectividad pública contratante. Pareciera que no habría que hablar, propiamente, de una delegación.
24. Conseil d'Etat 15 de abril de 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône, C.J.E.G. 1996, p. 267, conclusiones M. Chantepy; Les Petites Affiches du 12 de julio de 1996, n° 84, p. 30, nota D. Preat.
25. Que, conviene que se señale de entrada, no se aplica, bajo el fundamento del artículo 41 de la ley de 1993, en los dos casos siguientes: cuando la ley ha instituido un monopolio a favor de una empresa; y, cuando el servicio público es delegado a un establecimiento público bajo la condición que la actividad delegada figure expresamente en el estatuto de este establecimiento.



La persona pública delegante debe antes que nada hacer pública su intención de celebrar una concesión de servicio público (o, más generalmente, una delegación de servicio público) con el objetivo de provocar una verdadera competencia entre los interesados. Con este fin, ella debe insertar un aviso en una publicación habilitada para recibir anuncios legales y en una publicación especializada correspondiente al sector económico concernido. Este aviso debe contener las tres series de precisiones siguientes:

- debe indicar las características esenciales de la convención considerada, especialmente su objeto y su naturaleza;
- debe fijar la fecha límite de presentación de las ofertas de candidatura, fecha límite que debe fijarse un mes al menos después de la fecha de la última publicación del aviso; y,
- se debe determinar las modalidades de presentación de las ofertas.

La persona pública debe, en seguida, fijar la lista de candidatos admitidos a presentar una oferta "después del examen de sus garantías profesionales y financieras y de su aptitud para asegurar la continuidad del servicio público y la igualdad de los usuarios ante el servicio público" ²⁶ y entregar a estos candidatos "un documento que defina las características cuantitativas y cualitativas de las prestaciones, como también, en caso que ello tenga lugar, las condiciones de tarificación del servicio prestado a los usuarios" ²⁷.

Pero, al término de este procedimiento de publicidad y de puesta en competencia, se encuentra la libertad de selección de la administración, ya que el artículo 38 in fine de la ley de 1993, señala lo siguiente: "las ofertas así presentadas son libremente negociadas por la autoridad responsable de la persona jurídica delegante, quien, al término de estas negociaciones, elegir al delegatario".

B. El Régimen Agravado

Partiendo de la constatación de que la celebración de los contratos de las colectividades locales dan nacimiento, con una mayor ocurrencia que en

26. Artículo 38 de la ley de 1993.

27. Mismo artículo.

los contratos del Estado, a colusiones fraudulentas, el legislador las ha sometido a un régimen más gravoso que el régimen general. Este régimen gravoso figura ahora en los artículos L. 1411-1 y siguientes del Código general de las colectividades territoriales. Este régimen concierne a las concesiones de servicio público (y, más generalmente, las delegaciones de servicio público) celebradas por las regiones, los departamentos, las comunas, sus agrupaciones y sus establecimientos públicos.

En primer lugar, antes del inicio mismo del procedimiento de publicidad y de puesta en competencia, la asamblea deliberante de la colectividad local correspondiente (o de la agrupación de colectividades locales o del establecimiento público de la colectividad local correspondiente) debe pronunciarse sobre el principio de la delegación del servicio público local, a la vista de un informe que contenga las características de las prestaciones que debe asegurar el delegatario²⁸. Así, el cuidado de los elegidos es atraída, desde la partida, sobre la importancia de la selección por operar.

En segundo lugar, una vez tomada esta decisión sobre el principio de la delegación, se procede a la publicidad y a la recolección de las ofertas en las mismas condiciones que en el régimen general, pero, una vez hechas las ofertas, los pliegos que las contienen son abiertos por una comisión y darán lugar a una opinión de esta última. Cuando se trate de una región, un departamento o una comuna de al menos 3.500 habitantes, la comisión es presidida por la autoridad habilitada para firmar la convención y está compuesta de cinco miembros de la asamblea deliberante elegidos en su seno, sobre la base de una representación proporcional. Estos miembros no serán más que tres en el caso de las comunas de menos de 3.500 habitantes. Integra igualmente el seno de la Comisión, pero solamente con derecho a voz, como consultor, el Contador de la colectividad y un representante del Ministro de la competencia²⁹.

En último lugar, una vez que la autoridad habilitada para firmar la convención ha elegido al concesionario, ella somete a la asamblea deliberante su selección, y le transmite la opinión de la comisión³⁰.

28. Artículo L. 1411-4 del Código General de las colectividades territoriales.

29. Artículo L. 1411-5.

30. Mismo artículo.



Como se ve, las actuaciones de la autoridad administrativa están, ahora, particularmente reguladas. Y se aplica lo mismo para el caso de modificación del contrato. En efecto, todo proyecto de modificación de una concesión de servicio público (o una delegación de servicio público) que implique un aumento de un monto global superior al 5% está sometido a la opinión de la comisión y su opinión debe ser comunicada a la asamblea deliberante antes que la autoridad resuelva sobre el proyecto de modificación ³¹.

C. El Régimen Simplificado

El régimen simplificado se aplica a las "pequeñas" concesiones (o delegaciones) de servicio público. En efecto, en los términos del artículo 70 de la ley n° 94-679 de 8 de agosto de 1994, modificado por el artículo 5 de la ley n° 95-127 de 8 de febrero de 1995, el régimen general (y, a fortiori, el régimen agravado) no se aplica en los casos en que el monto de las sumas entregadas al delegatario, por toda la duración de la convención, no exceda 700.000 francos (lo que es, aproximadamente, algo más de US\$ 130.000), o cuando la convención tenga una duración no superior a tres años y diga relación con una suma no superior a 450.000 francos por año. En tales hipótesis, simplemente, y en aplicación del decreto n° 95-225 del 1° de marzo de 1995, se efectuar una inserción en una publicación, con un plazo de quince días como mínimo para presentar las ofertas.

2. Modificaciones Relativas a la Duración de la Concesión

El concesionario de servicio público tiene, por lo general, interés de beneficiarse de la concesión durante un tiempo lo más largo posible; pero, en los hechos, ello no favorece forzosamente la competencia y da al concesionario, al menos en los casos de las concesiones de servicio público más rentables -como la distribución del agua, la recolección de basuras domiciliarias, etcétera- una renta y una situación no despreciable, lo que es muy propicio para las colusiones fraudulentas. A pesar de la envergadura de este problema, a partir de 1982, ninguna disposición limitaba la duración de las concesiones de servicio público celebradas por las co-

31. Artículo L. 1411-6.

lectividades locales. Es la razón por la que la ley de 1993 se vio forzada a reaccionar: y no solamente limita la duración inicial de las delegaciones de servicio público (1), sino que, además, también restringe las posibilidades de renovación del plazo (2), ya que no habría servido de nada limitar la duración de las delegaciones si su plazo hubiese podido ser libremente renovado.

A. La Duración Inicial de las Concesiones

El artículo 40 de la ley de 1993 establece como regla que "las convenciones de delegación de servicio público deben ser limitadas en su duración". Queda entonces por precisar cuál debe ser esta duración. Con este propósito, la ley contiene varias indicaciones.

De partida, la duración "debe ser determinada por la colectividad en función de las prestaciones demandadas al delegatario". La fórmula puede parecer un poco imprecisa. Ella puede en todo caso dar fuerza legal a un principio de buen sentido que no era siempre respetado por las partes contratantes; a saber: que debe haber una cierta proporción entre la mayor o menor duración de la convención y la mayor o menor importancia de las prestaciones que se solicita al concesionario que lleve a efecto.

En seguida, cuando las instalaciones sean de cargo del delegatario, como ocurre en la generalidad de los casos en materia de concesiones de servicio público, la duración del contrato debe depender "de la naturaleza y del monto de la inversión", no pudiendo pasarse de "la duración normal de amortización de las instalaciones dispuestas".

En fin, en el caso particular de las concesiones de servicios públicos de agua potable, de saneamiento, de recolección de basuras domiciliarias y de otros desechos, los contratos "no pueden tener una duración superior a veinte años, salvo previo examen por el Tesorero general, a la iniciativa de la autoridad delegante, que justifiquen un plazo mayor"; las conclusiones de este examen deben ser comunicadas a los miembros de la asamblea deliberante competente, antes de toda deliberación relativa al contrato.

B. La Renovación del Plazo de las Concesiones

El mismo artículo 40 de la ley de 1993 somete la renovación del plazo de las convenciones de delegación del servicio público a condiciones de procedimiento y de fondo.



Las condiciones de procedimiento sólo conciernen a las convenciones celebradas por las colectividades locales. La prolongación de la convención está sometida a un voto de la asamblea deliberante. Y no se puede establecer cláusula de renovación tácita de la convención.

Las condiciones de fondo se aplican a todas las concesiones, cualesquiera que sean, celebradas por el Estado o por las colectividades locales. La delegación no puede ser renovada sino en alguna de las dos hipótesis siguientes:

- si ella es justificada por motivos de interés general -lo que puede parecer vago-, pero ella no puede entonces exceder de un año -lo que es limitativo-; y,
- si "el delegatario es obligado, para la buena ejecución del servicio público o la extensión de su campo geográfico y a pedido del delegante, a realizar inversiones materiales no previstas en el contrato inicial, de tal naturaleza que modifican la economía general de la delegación y que no podrían ser amortizados durante el plazo de la convención que queda por correr y por un aumento del precio manifiestamente excesivo".

3. Modificaciones Relativas al Control de la Concesión

Por aplicación de la teoría general de los contratos administrativos, el concedente dispone de un derecho de control sobre la actividad de su concesionario. Para facilitar el ejercicio de este control, el artículo 40-1 de la ley de 1993, que resulta del artículo 2 de la ley n° 95-127 de 8 de febrero de 1995, dispone que "el delegatario entregar cada año, antes del 1° de junio, a la autoridad delegante un informe que contenga, especialmente, las cuentas referidas a la totalidad de las operaciones correspondientes a la ejecución de la delegación de servicio público y un análisis de la calidad del servicio. Este informe debe guardar conformidad con un anexo, que permita a la autoridad delegante apreciar las condiciones de ejecución del servicio público".

Pero, más que el control del concedente, son también importantes los controles externos, los que deben ser reforzados. Tal ha sido recientemente el caso, tanto en lo que concierne al control de las jurisdicciones

administrativas (1), como en lo que concierne al control de las jurisdicciones financieras (2).

A. El control de las jurisdicciones administrativas

El control de las jurisdicciones administrativas sobre los contratos de concesión de servicio público (como, por otra parte, sobre todos los actos administrativos) es en principio un control a posteriori : es necesario esperar a que el contrato haya sido celebrado (o que el acto administrativo haya entrado en vigor) para que un recurso jurisdiccional pueda ser intentado, aún cuando el vicio diga relación con su procedimiento de celebración (o de dictación). Pero, teniendo en cuenta lo embarazoso de la jurisdicción administrativa y su lentitud, es posible que el juez no dicte sentencia sino muchos años después de la presentación del recurso y cuando el contrato haya sido total o parcialmente ejecutado. Para evitar este inconveniente, el legislador ha instituido, en lo que concierne a algunos contratos relativos a delegaciones y concesiones de servicio público, una posibilidad de recurso jurisdiccional antes de la conclusión del contrato; esto es, un control jurisdiccional a priori . Es la técnica llamada "référé précontractuel" (recurso pre-contractual), que es conveniente describir antes del análisis de las modificaciones recientes relativas al control a posteriori.

Es el artículo L. 22 del Código de los tribunales administrativos y de las cortes administrativas de apelación, fijado por el artículo 2 de la ley n° 92-10 de 4 de enero de 1992, modificado especialmente por el artículo 50 de la ley de 1993, que ha introducido en derecho francés la técnica del recurso pre-contractual ³². Este recurso puede ser intentado "en caso de faltarse a las obligaciones de publicidad y de puesta en competencia, a las cuales está sometida la celebración de las convenciones de delegación de servicio público". Es decir, que él está destinado a sancionar las violaciones a las reglas que han sido expuestas antes, y que apuntan, mediante la publicidad y la puesta en competencia, a regular la libre selección por

32. M. Roncière, "L'article L. 22 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel : innovation et interrogations", *Les Petites Affiches* du 12 août 1994, p. 7 ; P. Terneyre, "L'émergence d'un recours contentieux du troisième type", *Actualité législative Dalloz* 1992, p. 82 ; R. Vandermeeren, "Le référé administratif précontractuel", *A.J.D.A.* 1994, numéro spécial, p. 91.



la administración de su delegatario o concesionario. Las personas habilitadas para actuar son:

- En primer lugar las personas que tenían interés en celebrar el contrato y que estiman haber sido lesionadas por la falta a las reglas de publicidad o de puesta en competencia (en la práctica, los que fueron excluidos).
- Pero, el recurso puede ser igualmente intentado por el representante del Estado en el departamento en el caso en que el contrato deba ser celebrado por una colectividad territorial o un establecimiento público local.
- También puede ser intentado por el Estado a petición de la Comisión de las Comunidades Europeas, cuando esta última estime que una clara y manifiesta violación de las obligaciones de publicidad y de puesta en competencia de origen comunitario haya sido cometida, y bajo la condición que su demanda no diga relación con un contrato celebrado por el Estado.

En un caso como en el otro y en aplicación del artículo R. 241-21 del Código de los tribunales administrativos y de las cortes de apelación, el juez no puede ser requerido sino sólo después que a la persona obligada a realizar la publicidad y la puesta en competencia, se le haya demandado previamente el cumplimiento de estas reglas, y el recurso no podrá ser intentado sino en caso de rechazo explícito o en la ausencia de respuesta durante diez días. El juez, sólo puede ser requerido, en el ámbito del procedimiento del artículo L. 22, antes que el contrato haya sido celebrado, ya que éste es un procedimiento de control preventivo³³. Si el contrato ha sido ya celebrado, el procedimiento del artículo L. 22 ya no es aplicable, y se debe utilizar el tradicional control a posteriori. El juez competente en el é del procedimiento del artículo 22 es, ya sea el presidente del tribunal administrativo, ya sea su delegado. El se pronuncia en un procedimiento sumario, en única instancia, lo que quiere decir que su decisión es solamente susceptible de un recurso de casación ante el Consejo de

33. Conseil d'Etat 3 de noviembre de 1995, Chambre de commerce de Tarbes et des Hautes Pyrénées, Rec. CE, p. 394 con conclusiones de M. Chantepy publicadas igualmente en los C.J.E.G. 1996, p. 67 y en la R.F.D.A. 1995, p. 1077 ; A.J.D.A. 1995, p. 888, chronique J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; Quotidien juridique 14 mars 1996, p. 5, note D. Moreno ; R.F.D. 1996, p. 231, observaciones R. Granjon ; Les Petites Affiches du 24 mai 1996, p. 19, nota F. Rouvillois.

Estado, recurso de casación que debe ser intentado dentro de un plazo de quince días a contar de su notificación. Los poderes de que dispone el juez son particularmente extensos, ya que él puede ordenar al autor de la falta que se conforme a sus obligaciones, suspender la celebración del contrato o la ejecución de toda decisión que se relacione con el mismo, anular las decisiones y suprimir las cláusulas o prescripciones destinadas a figurar en el contrato y que signifiquen un desconocimiento de las obligaciones de publicidad o de puesta en competencia.

Tratándose del control a posteriori de la concesión de servicio público, la modificación más importante dice relación con el contencioso de anulación³⁴ y, más precisamente, con el contencioso de anulación del contrato mismo o de una de sus cláusulas. Tradicionalmente, sólo las partes contratantes podían demandar al juez la anulación de un contrato o de una de sus cláusulas, intentando ante él no un recurso por exceso de poder, sino un recurso de plena jurisdicción. En consecuencia, todo otro requirente estaba impedido de demandar ante el juez la anulación del contrato. De lo que resultaba que la alianza (posiblemente fraudulenta) entre la administración y su cocontratante garantizaba la perennidad del contrato a pesar de que el mismo podía contener una grave irregularidad. Una primera brecha fué abierta por la ley n° 82-213 de 2 de marzo de 1982, muchas veces modificada con posterioridad, y cuyas disposiciones sobre este punto han sido codificadas en el artículo L. 2.131-6 del Código general de las colectividades territoriales³⁵. En adelante, el prefecto puede recurrir al juez administrativo, con el fin de solicitarle la anulación de las convenciones de concesiones o de "affermage" de servicios públicos locales que él estime contrarias a la legalidad, dentro de los dos meses siguientes a la transmisión (obligatoria) de estos contratos a su servicio. Es lo que se llama el "recurso prefectoral". La segunda brecha proviene no de una modificación de la legislación, sino de un cambio jurisprudencial. Aun cuando, según su jurisprudencia clásica, el Consejo de Estado no admitía que terceros pudiesen intentar un recurso por exceso de poder

34. Sobre el conjunto del problema, ver especialmente D. Pouyaud, *La nullité des contrats administratifs*, L.G.D.J. 1991 ; P. Terneyre, "Les paradoxes de l'annulation des contrats administratifs", E.D.C.E. 1988, n° 39, p. 69 ; P. Terneyre et D. de Béchillon, *Voz "Contrats administratifs"*, Répertoire Dalloz de contentieux administratif.

35. Artículos concernientes a las comunas. Para los artículos similares relativos a los departamentos y a las regiones, ver especialmente los artículos L. 3132-1 et L. 4142-1 du Code.



contra una concesión³⁶, la Alta jurisdicción ahora ha admitido un tal recurso bajo la condición de que él sea dirigido, no contra una cláusula contractual de la convención, sino contra una cláusula reglamentaria³⁷, es decir, contra una cláusula que se relacione directamente con la organización o funcionamiento del servicio público concedido. Si la cláusula anulada es una cláusula esencial del contrato, su anulación debería verdaderamente implicar, al mismo tiempo, la nulidad del contrato en su conjunto. Si, a la inversa, se trata de una cláusula separable de otras cláusulas del contrato³⁸, su anulación no pone en duda la validez del contrato. En todo caso, el derecho a recurrir reconocido a los terceros en materia de cláusulas reglamentarias, ofrece a estos últimos una arma de primera importancia de la cual ellos habían sido antes privados: desde que tradicionalmente el contrato no podía ser sometido a juicio sino que por las partes del contrato, este derecho es a partir de ahora ofrecido igualmente a terceros en el caso de ilegalidad de una cláusula reglamentaria, lo que no puede sino traducirse en un reforzamiento de los controles ejercidos por el juez administrativo sobre los contratos de concesión. Pero el control de la jurisdicciones administrativas no es el único que ha sido reforzado. También es el caso, por otras razones, del control de las jurisdicciones financieras.

B. El control de las jurisdicciones financieras

Las innovaciones no conciernen, en efecto, sólo al control de las jurisdicciones administrativas, sino igualmente al de las jurisdicciones financieras; y, en la medida en que esta últimas estaban notoriamente desprovistas de competencias en materia de control de concesiones y delegaciones de servicio público, tres competencias les han sido recientemente atribuidas en la materia.

-
36. Ver por ejemplo, Conseil d'Etat 16 de abril de 1996, *Compagnie luxembourgeoise de télévision et autres*, ya citada : "el contrato de concesión y el pliego de condiciones que es anexo, no constituyen actos susceptibles de ser objeto del recurso de "exceso de poder".
37. Conseil d'Etat 10 de julio de 1996, *M. Cayzele, req. n° 138536* : "las disposiciones que el Sr. Cayzele ha solicitado sean anuladas -un artículo relativo a la recolección y a la evacuación de desechos domiciliarios- tienen un carácter reglamentario; por lo que ellos pueden ser demandados ante el juez de "exceso de poder".
38. Parece ser el caso del asunto Cayzele, aunque el Consejo de Estado no analizó el problema en esta ocasión, ya que consideró que la cláusula atacada no padecía de ninguna ilegalidad.

En primer lugar, las jurisdicciones financieras pueden de ahora en adelante ejercer un control sobre el mismo contrato de concesión, control ejercido, sin lugar a duda, bajo una perspectiva financiera y que, por este hecho, se distingue del control sobre el contrato ejercido por las jurisdicciones administrativas, que se ha analizado antes. Este control financiero está previsto por el artículo L. 234-1 del Código de las jurisdicciones financieras en su nueva redacción establecida por el artículo 4 XVI de la ley n° 96-142 de 21 de febrero de 1996 y que se encuentra en el artículo L. 1411-18 del Código general de las colectividades territoriales, en los términos siguientes: "las convenciones relativas a las delegaciones de servicio público pueden ser transmitidas por el representante del Estado en el departamento a la Cámara regional de cuentas. El informa a la autoridad territorial respectiva. La Cámara regional de cuentas examina esta convención. Ella formula sus observaciones dentro de un plazo de un mes a contar de su requerimiento. La opinión de la Cámara regional de cuentas es transmitido a la colectividad territorial o al establecimiento público interesado y al representante del Estado...La asamblea deliberante ser informada de la opinión de la Cámara regional de cuentas en su más próxima reunión".

En segundo lugar, las jurisdicciones financieras están igualmente encargadas de ejercer un control financiero sobre las cuentas remitidas a las autoridades delegantes por los delegatarios de servicio público, control que puede ser ejercido con ocasión del control de cuentas de las autoridades delegantes. En efecto, el artículo L. 211-8 del Código de las jurisdicciones financieras, en su nueva redacción surgida del artículo 3 II de la ley n° 95-127 de 8 de febrero de 1995, dispone que: "la Cámara regional de cuentas examina la gestión de las colectividades locales y de sus establecimientos públicos... Ella puede igualmente, en el ámbito del control de cuentas de la autoridad delegante, verificar después de los delegatarios del servicio las cuentas que ellos han enviado a las autoridades delegantes".

En último lugar, las jurisdicciones financieras pueden también ejercer un control financiero y de gestión sobre el informe anual enviado por el delegatario a la autoridad delegante y en el cual son referidas las



cuentas relativas a la ejecución de la misión de servicio público que le es confiada y analizada la calidad del servicio ofrecido a los usuarios ³⁹ :

Decididamente, como lo muestran los desarrollos que preceden, el derecho de las concesiones de servicio público, el cual uno podría pensar que está regido por reglas inmutables, ha conocido en los últimos años importantes modificaciones dirigidas a limitar los poderes de las partes contratantes (y especialmente de la administración) y a acentuar el control del juez. No es posible lamentarse, pues la lucha contra la corrupción y la defensa del Estado de Derecho tiene ese precio.

39. Ver el artículo L. 111-4 del Código de jurisdicción financiera, en su nueva redacción establecida por la ley n° 95-127 de 8 de febrero de 1995, según el cual: "la Corte de cuentas revisa tanto la verificación de las cuentas y de la gestión de las empresas públicas como, en el marco del control de cuentas de la autoridad delegante, el informe entregado por el delegatario en aplicación del artículo 40-1 de la ley n° 93-122 de 29 de enero de 1993, relativa a la prevención de la corrupción y a la transparencia de la vida económica y de los procedimientos públicos.

**EL REGIMEN DE LAS CONCESIONES
DE OBRAS PUBLICAS Y SERVICIOS
PUBLICOS NACIONALES**

EL REGIMEN DE LAS CONCESIONES DE OBRAS PUBLICAS Y SERVICIOS PUBLICOS NACIONALES

**Por Rafael Badell Madrid
Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Católica
"Andrés Bello" y Universidad Central de Venezuela.**

I INTRODUCCION

Rendir homenaje al Profesor Brewer-Carias nos da la oportunidad -nuevamente- de tomar contacto con ilustres profesores extranjeros que -también en honor al Profesor Brewer- han venido a disertar -para beneficio del derecho administrativo venezolano- sobre el régimen jurídico administrativo en sus países o, en todo caso, a exponer sus valiosas ideas sobre el temario asignado. Pero, como si fueran pocos los aportes que durante más de 30 años ha ofrecido el Profesor Brewer-Carias al desarrollo del Derecho Público Venezolano, las jornadas que sirven para reconocer sus méritos, son una generosa forma de propender al estudio de esta materia. Que estemos aquí reunidos es también algo que hay que agradecer al propio Profesor Brewer, pues ha sido la admiración que en forma coincidente siente el auditorium aquí presente, los distinguidos profesores que nos visitan y los profesores venezolanos que hemos sido honrosamente designados comentaristas, lo que ha permitido este provechoso encuentro.

1.- La aleccionadora conferencia del Profesor Pierre Bon -El Régimen de las Concesiones Administrativas- se ha desenvuelto de dos formas: De manera general, se han presentado los diversos tratamientos jurídicos que se desprenden del término concesión. La concesión como acto unilateral de la administración; la concesión como contrato; La concesión: contrato privado y la concesión: contrato administrativo.

1. Naturaleza jurídica.

Aun cuando acordemos referirnos sólo a la concesión como contrato administrativo, la doctrina se divide entre los que consideran a la concesión como un contrato *strictu sensu* -Marienhoff¹ - y los que estiman que la concesión presenta un carácter mixto, desde que alguna de sus disposiciones son contractuales -las que regulan el régimen económico del contrato- y otras reglamentarias, que pueden ser variadas unilateralmente por la administración y que no tienen carácter consensual -las que se refieren al modo de prestación del servicio-.

Así, la doctrina al analizar la naturaleza jurídica de la concesión, ha asumido diversas posiciones. El autor *Roberto Dromi*² sostiene al respecto lo siguiente:

"... la concesión de servicio público no es un acto mixto: contractual y reglamentario o legal. Es, efectivamente, un contrato administrativo homogéneo y único (...) las consecuencias de la llamada parte reglamentaria o legal -posibilidad de modificar la organización y funcionamiento del servicio- provienen del carácter administrativo de dicha concesión que implica que la Administración Pública, en ejercicio de sus prerrogativas, introduzca todas las modificaciones que juzgue menester en la organización o en el funcionamiento del servicio ...".

En efecto, desde el mismo momento en que la Administración permanece como titular del servicio público o de la obra objeto de la concesión, ostenta las competencias legalmente establecidas para modificar, mediante actos unilaterales, el contenido del contrato administrativo de concesión.

De ahí que en materia de concesiones -y en general, en la contratación administrativa- no impere el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Pero las notas estatutarias o unilaterales presentes en la concesión, no pueden llevar a concluir que esta es, en realidad, un acto administrativo. Recordemos que tales potestades unilaterales están presentes siempre en todo contrato administrativo (a través de las denominadas cláusulas exor-

1. MARIENHOFF, Miguel. "Tratado de Derecho Administrativo". Tomo II-A. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Páginas 601-602.
2. DROMI, Roberto. "Derecho Administrativo". Quinta Edición. Buenos Aires, 1996. Página 412.



bitantes) y no por ello podemos clasificar a los "contratos administrativos" como "actos administrativos unilaterales".³

Contrario a tal parecer, encontramos dentro de la doctrina patria la opinión del autor *Eloy Lares Martínez*⁴, quien apoya la tesis de la concesión como acto mixto. Para tal autor, ello deviene de la existencia de cláusulas de naturaleza reglamentaria y cláusulas de naturaleza contractual. Así, como consecuencia de la parte reglamentaria, hay en la concesión un acto-condición "... que tiene por objeto atribuir al concesionario la situación de organizador y gerente del servicio ..."⁵.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa ha señalado, en sentencia de fecha 11 de abril de 1991⁶, lo siguiente:

"... En el caso subjudice se produjo la concesión del servicio público de transporte terrestre de pasajeros, siendo la concesionaria la recurrente, y por el hecho de que la misma fue otorgada mediante una resolución, no le quita su naturaleza contractual administrativa. En efecto, en el caso de autos existen claramente diferenciados los dos consentimientos o declaraciones de voluntades, la del solicitante de la concesión y la del concedente, y de su conjunción nació el vínculo que les une, vínculo de donde provienen sus derechos y obligaciones, que aunque mayormente estén preestablecidos en la Ley, no por ello su fuente deja de ser la voluntad de ambas partes. En consecuencia, estamos frente a un contrato de concesión de un servicio público como lo es el transporte público colectivo, que por su objeto y fin es sin dudas, un contrato administrativo, y porque además, su contenido excede el aspecto estrictamente patrimonial de la Administración Pública ...".

Ciertamente, en la concesión existen un conjunto de derechos y obligaciones entre el concedente y el concesionario, cuya fuente primaria proviene del consenso entre la voluntad de la Administración de conceder un servicio público u obra para su ejecución, y la voluntad del administrado o co-contratante, aceptando la concesión en los términos que le ha sido ofrecida.

3. Un sector de la doctrina a señalando que los denominados contratos administrativos son en realidad actos administrativos bilaterales.
4. LARES MARTINEZ, ELOY. "Manual de Derecho Administrativo". Novena Edición. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1992. Páginas 376 y siguientes.
5. Ob. cit. Página 377.
6. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Oscar Pierre Tapia. Año XVIII, abril de 1991. Páginas 74 y siguientes.

Que en la concesión el co-contratista no es titular del derecho a explotar el servicio público o a construir la obra pública, demuestra que es la propia Administración quien le traslada a su esfera jurídica tal potestad, a través de un contrato. Igualmente, la existencia de deberes y derechos recíprocos que nacen y se perfeccionan con el transcurso del tiempo, nos revelan la existencia de un contrato de *tracto sucesivo*.

Pero debe tenerse en cuenta que las disposiciones unilateralmente concedidas por la Administración, e insertas en el respectivo contrato de concesión, *son siempre aceptadas libremente por el concesionario al momento de suscribir el respectivo contrato*, pues la Administración no puede obligar a un administrado a contratar bajo las condiciones unilateralmente establecidas. Así, el co-contratista se *adhiera* a las cláusulas estipuladas por la Administración en el propio contrato, o las contenidas en el ordenamiento jurídico.

Esta figura no es ajena del derecho privado. En efecto, es común la existencia de los denominados *contratos de adhesión*, en los cuales sólo una parte contratante interviene en la formulación de las distintas cláusulas del convenio, mientras que la otra sólo puede aceptar o rechazar las condiciones impuestas.

La Corte analizó lo anterior en la sentencia ya comentada, al exponer que "... con la celebración del contrato mencionado se estableció una relación contractual de derechos y obligaciones entre las partes ... sin embargo, la Administración, por la misma naturaleza del servicio público ... y del contrato .. mantuvo y mantiene, en defensa del interés público, el control, dirección y vigilancia de la concesión. Es así que en este contexto puede dictar actos unilaterales en la gestión, modificación o resolución del contrato, situación, que por sus efectos, incide en una manera directa en la existencia jurídica del contrato ...". Tales actos unilaterales, que dan origen a la teoría de los "actos separables", son efecto de las potestades exorbitantes de la Administración, cuyas causas hemos analizado precedentemente.

Y ello es así, por cuando las potestades públicas de la Administración, respecto la organización y funcionamiento de un servicio público u obra pública, no pueden ser relajadas o cedidas, ni mucho menos objeto de estipulaciones contractuales con un particular.



Pero la definitiva solución al problema de la naturaleza jurídica de la concesión viene determinada por la legislación. Así sucede en España, donde la ley que regula los contratos del Estado expresamente califica a la concesión como un contrato administrativo, y en nuestro país, donde la naturaleza contractual de la concesión quedó establecida en el Decreto-Ley sobre concesiones de obras públicas y servicios públicos nacionales.

2. La Concesión de Servicio Público.

Ahora bien, como contrato administrativo nominado la concesión puede ser, ciertamente, de servicio público -convención por medio de la cual una persona pública (concedente), que permanece como titular del servicio, encarga a otra persona (concesionario), que corre con los riesgos económicos de la empresa, la organización, funcionamiento y explotación de un servicio público de contenido económico, mediante una remuneración pagada por los usuarios del servicio, a través de la tarifa o incluso mediante subvenciones, o ambas cosas a la vez.

Cierto que la administración puede asumir directamente la prestación de los servicios públicos y la construcción de las grandes obras públicas que la colectividad precisa. Pero es verdad también que las autoridades públicas pueden auxiliarse de los particulares para satisfacer las necesidades públicas. La concesión, ha señalado Garrido Falla, es un modo de gestión indirecta de los servicios públicos, donde la administración (que permanece como titular del servicio) encomienda su explotación a un particular que corre con los riesgos económicos de la empresa⁷.

La concesión de servicio público constituye un caso de colaboración por participación voluntaria de los administrados en la prestación de los servicios públicos. En las concesiones administrativas de servicio público la Administración podrá delegar en el empresario facultades de policía, sin que ello perjudique los derechos de inspección y vigilancia que siempre refiere la administración.

7. GARRIDO FALLA, Fernando. "Tratado de Derecho Administrativo" Tomo II. Editorial Tecnos, Madrid, 1992. Páginas 358 y siguientes.

Incluso, la transferencia de las potestades administrativas en la concesión abarca un conjunto de atribuciones que otrora estaban reservadas con estricto carácter de exclusividad al ámbito de actuación de la Administración Pública. Nos referimos aquí, principalmente, a las potestades expropiatorias trasladadas al concesionario para la prestación del servicio público concedido, situación presente en la legislación venezolana⁸.

3. La Concesión y la actividad administrativa económica.

El estudio del contrato de concesión tiene importante sitial en el derecho administrativo, pues ha sido institución de muy diversa e intensa regulación, que ha dado lugar a esenciales nociones y principios. El surgimiento de la concesión corresponde al momento histórico de afianzamiento de la soberanía nacional; es el paso del Estado individualista al del Estado gestor de servicios públicos. La concesión de servicio público fue una figura clave de la administración tradicional, partiendo del prejuicio liberal contra la actividad mercantil e industrial de la administración: se resolvía así el problema de la gestión de los servicios públicos que requerían una técnica empresarial.

Ello, por lo demás, se ve reflejado en nuestra propia Constitución. Así, el artículo 97 *eiusdem* contiene ciertas referencias a las concesiones, todo ello dentro del marco de la Constitución Económica⁹. El tenor de tal norma es el siguiente:

"... No se permitirán monopolios. Sólo podrán otorgarse, en conformidad con la ley, concesiones con carácter de exclusividad y por tiempo limitado, para el establecimiento y la explotación de obras y servicios de interés público ...".

Tal norma, cuya interpretación debe adecuarse a los postulados de la justicia social que conforman la estructura política del Estado venezolano como un verdadero Estado Social de Derecho, refleja la importancia de las

8. Artículo 56 del Decreto-Ley.

9. La Constitución Económica se refiere al conjunto de normas, principios y valores de rango Constitucional, que trazan los lineamientos generales de la actividad económica del Estado, haciendo énfasis en la interrelación existente entre el intervencionismo económico Estatal, y la libre iniciativa privada.



concesiones públicas dentro de la gestión económica de la Administración. En efecto, la concesión permite que personas distintas al ente público titular de la competencia administrativa, exploten un servicio u obra que, pese su contenido público, es esencialmente económico, fomentado así la actividad económica privada.

Tal configuración social de nuestro Estado es precisamente el fundamento filosófico del intervencionismo público, que permite a los particulares gestionar servicios económicos propiedad del Estado¹⁰. Así, ha señalado Manuel García Pelayo que "... tanto la dialéctica del sistema neocapitalista como la del Estado social exigen no sólo la acción económico-social del Estado, sino que tienden a dar preeminencia a esta acción ... En todo caso, el Estado -digámoslo una vez más- no sólo es el creador del orden para la acción económica, sino también uno de sus actores junto a los típicamente económicos como las grandes empresas, las organizaciones de intereses ...".¹¹

Pero las necesidades y motivaciones que inspiraron al Estado a asumir directamente la gestión de un servicio, pueden desaparecer o modificarse, de tal manera tal que ya no se justifique tal participación.

Señala en este sentido Dromi, que "... a nadie pasa inadvertido el deber de *revisar* el rol del Estado en la economía. Pero no sólo se impone *reparar* el instrumental que se aplicó y aplica o pretende aplicar, sacando o poniendo empresas, entes, órganos y agentes públicos, sino *repensar* principios político-económicos, definirlos y seguirlos, implementando el instrumental coherente y consecuente con aquellos ...".¹²

Precisamente, esta revisión de los cometidos del Estado, aunado a la mala gerencia de los servicios públicos, ha influido en la mayor intervención de los particulares en las actividades administrativas de servicio público, lo que resalta la importancia de la concesión dentro de la denominada Constitución Económica.

10. En efecto, de no ser el Estado propietario de servicios de naturaleza económica, no podríamos hablar jamás de concesión de servicio.

11. GARCIA-PELAYO, Manuel. "Las Transformaciones del Estado Contemporáneo", en "Obras Completas", Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España, 1991. Página 1640.

12. DROMI, José Roberto. "Derecho administrativo económico". Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983. Página VIII.

Ello a su vez debe relacionarse con el derecho a la libre iniciativa privada y a la libertad económica, derechos contenidos en los artículos 96, 97 y 98 constitucionales, pues la concesión amplía el margen de participación de los particulares en las diversas actividades económicas.

Mayor importancia adquiere la concesión, cuando es otorgada respecto de servicios públicos establecidos con carácter de monopolio. En tales casos, se permite el desarrollo por un particular de una actividad económica que antes estaba reservada para la Administración.

Todos estos principios fueron desarrollados en el Decreto Ley sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Sociales, lo que en buena medida justifica su rango de Ley Orgánica.

4. Concesión y Privatización.

Pero además de la óptica prestacional, móvil de gestación de esta institución, la concesión hoy puede enfocarse también como una *modalidad de privatización*. Surge como fórmula salvadora a través de la cual el Estado, conservando la titularidad del servicio o la nuda propiedad de la cosa, lo que le permite su reglamentación y vigilancia, se desprende de su gestión o explotación y la concede a un particular¹³.

En este contexto, Gladys Vázquez Franco¹⁴ señala que "... la fórmula concesional, con las ideas privatizadoras de servicios públicos, ha adquirido nuevos matices. Hoy por hoy constituye actualización de la antigua fórmula del contratista colaborador. Ya se trata de atraer la inversión de los capitales privados y la fe que la eficiencia de la gestión privada puede ofrecer en algunos casos ...".

13. En tal sentido, el artículo 1 de la Ley de Privatización Venezolana consagra a la concesión como una modalidad de privatización. Empero, el artículo 75 del Decreto-Ley sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales prevé su carácter especial frente a la Ley de Privatización, por lo que la concesión -aún como modalidad de privatización- se rige por el mencionado Decreto-Ley.

14. VÁSQUEZ F, Gladys. "La Concesión administrativa de servicio público. En Derecho Español y Colombiano". Editorial Temis, Santa Fé de Bogotá. 1991".



En efecto, la concesión es el mecanismo idóneo para que el Estado se desprenda de la explotación de ciertos servicios económicos y permanezca con su titularidad, lo que precisamente garantiza el control público sobre la explotación de tales servicios. Se presenta entonces como un grado intermedio entre el intervencionismo económico (donde el Estado asume directamente la prestación de servicios económicos) y la privatización en sentido puro (donde el Estado se desprende -tanto de la explotación como de la titularidad- de los servicios que anteriormente había asumido de manera directa).

Podemos señalar entonces que en la concesión se deslindan los conceptos de titularidad administrativa y ejercicio público, y el particular se convierte en colaborador de la administración. La concesión es una figura típica del Estado neo-liberal. Bajo los auspicios de la concesión se salva la idea de que el Estado no debe realizar múltiples tareas económicas o industriales, pero sí debe garantizar la prestación de determinados servicios, en condiciones técnicas y económicas idóneas. La Administración siempre tiene la posibilidad de control suplementario sobre el particular, a través de las condiciones y cláusulas particulares que a éste se le impongan en el texto concesorio.

La concesión, para Vedel, se basa en dos ideas antitéticas cuyo equilibrio constituye toda la teoría del contrato de concesión. Se trata, de una parte, de un servicio público que debe funcionar de acuerdo con el interés general y bajo la autoridad de la Administración y de otra parte, de una empresa que procura el máximo beneficio posible.

En efecto, plantea la concesión una interacción o relación entre la administración y el particular. La autoridad pública por el solo hecho de otorgar una concesión, no puede dejar de lado la satisfacción del interés colectivo, ejerciendo, en consecuencia, el control y vigilancia de las actividades de aquél; y el particular, actuando como empresario que explota el servicio con fines meramente económicos, pero con la obligación de gestionar la prestación de ese servicio con sujeción a las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes y bajo el control de la administración.

De ahí, que sólo es el concesionario quien asume el riesgo de la explotación del servicio público, y actúa como un empresario más que busca en

una determinada industria un beneficio como retribución por la inversión realizada, al tiempo que asume las probabilidades de que la empresa no produzca los resultados esperados, exonerando a la administración de todo riesgo. También el concesionario asume la responsabilidad frente a terceros, derivada de la prestación del servicio.

Claramente se entiende que si la concesión es un modo de gestión de un servicio, el concesionario tiene derecho a obtener una justa remuneración de los usuarios, a través del pago de la tarifa; y, en todo caso, la autoridad concedente tiene entre sus primeras preocupaciones, dentro de la ejecución del contrato de concesión, la de que no sea por causa imputable a ella, la administración, que se rompa el equilibrio económico-financiero del contrato.

En efecto, tal ecuación marca el límite de las potestades administrativas unilaterales, en lo que respecta a su indemnización. Así, cuando la ecuación es violentada por la Administración concedente -lo que ocurrirá cada vez que se le ocasione un perjuicio económico al co-contratista, en relación con las ganancias estimadas en la concesión- deberá indemnizar totalmente el perjuicio ocasionado.

5. Características.

Dentro de las características del contrato de concesión, encontramos que es bilateral o sinalagmático, pues genera derechos y obligaciones para ambas partes contratantes; oneroso y dentro de ello conmutativo, desde que las reciprocas prestaciones, además de hallarse razonablemente determinadas, se presumen equivalentes; es un contrato formal -se otorgará en escritura pública señala la legislación española y la venezolana también, pues en ésta como en tantas otras materias ella es tributaria de aquella. Igualmente, el carácter formalista de la concesión deviene de la necesidad de acudir a un procedimiento previo para su otorgamiento.

Es *intuitu personae*, de allí que deba ser ejercido directamente por el concesionario, es decir, por su propia cuenta y riesgo, sin que pueda ser cedido, transferido sin autorización; también del carácter *intuitu personae* se tienen en cuenta los comentarios doctrinales acerca de que en esta mate-



ria la administración goza de libertad para la selección del concesionario; la concesión tiene carácter temporal -cincuenta años (50) contados a partir de la firma del contrato prevén las normas en Venezuela-.

6. La Concesión de obra pública.

La concesión -como contrato administrativo- también alude al convenio por cuya virtud una autoridad pública encomienda a otra persona la realización de una obra pública o la explotación de la obra pública resultante, mediante una remuneración adecuada a los resultados de la explotación. Esta concesión de obra pública no es otra cosa que un contrato de ejecución de obra pública en el que el empresario es remunerado en una forma particular, pues para obtener el pago del precio explota la obra.

Un régimen jurídico especial para este tipo de contratos administrativos no está reglamentado en casi ningún ordenamiento jurídico, antes por el contrario, es lo más frecuente que luego de la construcción de la obra, su explotación entrañe la prestación de un servicio público y precisamente, ese es el régimen que gobierna la relación.

Ahora bien, siguiendo a Dromi¹⁵, podemos distinguir a la obra pública desde un punto de vista *objetivo, subjetivo y finalista*.

Así, la obra pública implica todos los bienes -muebles, inmuebles, corporales o incorporales- de naturaleza pública, sean ya del dominio privado o público. Tal noción se corresponde con la visión objetiva de la noción que analizamos.

Subjetivamente, entendemos a la obra pública toda aquella que *pertenece* a una persona jurídica pública, cualquiera que ella sea.

Puede notarse fácilmente que la noción objetiva y subjetiva se interrelacionan siempre: un bien será público en tanto en cuanto pertenezca a una persona jurídica pública.

15. Ob. cit.

En un sentido teleológico, obra pública será aquella destinada a satisfacción de un interés general o colectivo.

Pero en modo alguno tales visiones se encuentran separadas entre sí, ni mucho menos se relacionan con objetos distintos. Por el contrario, son sólo tres posiciones distintas de un único concepto. De ahí, que la obra pública pueda ser definida como aquel conjunto de bienes que pertenecen a una persona jurídica pública, estructurados para satisfacer un interés colectivo o general. En la concesión de obra pública la Administración transfiere al co-contratista todas las potestades y prerrogativas administrativas suficientes para la construcción, modificación y explotación de una obra pública.

Finalmente, debemos diferenciar la concesión de obra pública del contrato de obra pública.

El contrato de obra pública tiene una gran similitud con el contrato civil de obra, el cual es definido por el Código Civil en su artículo 1.630, como aquel convenio en virtud del cual una parte se compromete a ejecutar determinado trabajo por sí o bajo su dirección, mediante el pago de un precio.

Si tal concepto lo trasladamos al marco del Derecho Administrativo, agregándole la noción de obra pública -bajo la triple visión ya estudiada- tendríamos entonces que el contrato de obra pública es aquel en virtud el cual una persona jurídica pública (Administración) contrata con otra persona (co-contratista) la construcción o modificación de un bien, destinado a la satisfacción de un interés general.

Pero en la concesión de obra pública las potestades del co-contratista son aún mayores, pues la Administración le concede el derecho a explotar la obra construida o modificada. Este es el principio adoptado en nuestra legislación, tal y como se verá más adelante.

La otra gran diferencia entre ambos contratos administrativos, es que en el primero, la remuneración del co-contratista proviene de la propia Administración mediante el pago de la suma estipulada, mientras que en la con-



cesión de obra pública la remuneración proviene de las tarifas percibidas por los usuarios, durante la fase de *explotación de la concesión*.

Por último, el contrato de obra pública y la concesión de obra pública se encuentran sometidos a regímenes jurídicos distintos. Así, mientras el primero de tales contratos se encuentra regulado en la Ley de Licitaciones, el segundo contrato esta sometido la normativa del Decreto-Ley sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales.

7. La concesión de bienes del dominio público.

Como contrato administrativo, la concesión puede referirse también al uso y aprovechamiento particular de los bienes de la dominialidad pública. En Venezuela esta materia se halla regulada -entre otras- por la Ley de Minas y la Ley Forestal de Suelos y Aguas.

Se entiende con facilidad que esta concesión de uso de bienes del dominio público se otorga en beneficio propio, directo y único del administrado y en eso es que se diferencia de la concesión de gestión de los servicios públicos y la de construcción de obras, pues en éstas el interés público siempre existe. Es por ello que mientras la concesión de uso de los bienes del dominio público es renunciable por su titular, pues en su único beneficio se ha otorgado, en el caso de la concesión de servicios y de obras, tal circunstancia nunca podría ocurrir.

2.- El Profesor Bon utiliza luego el método del examen particular, pues en la segunda parte de su brillante disertación se refirió -en concreto- a un solo tipo de concesión: la de servicio público.

Este punto se desarrolló con la intención, bien lograda, de dejar en claro las modificaciones que recientemente ha tenido el régimen concesional en Francia, en concreto, por lo que se refiere a la selección del concesionario, duración de la concesión y a su control.

Como veremos a continuación, el régimen jurídico de las concesiones de servicios, obras públicas y aprovechamiento de los bienes el dominio público, ha sufrido en Venezuela considerables modificaciones.

II

EL DECRETO LEY SOBRE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS PÚBLICOS NACIONALES.

1. Rango del Decreto-Ley.

En primer lugar conviene tener presente que las normas sobre concesiones¹⁶ tienen rango de Ley Orgánica. La consecuencia de ello es que esas normas se aplican con preferencia a otras Leyes que regulan el supuesto que ahora constituye su ámbito objetivo de aplicación (vgr. Ley de Licitaciones y Ley de Privatización). Para enfatizar ese asunto, de manera expresa el artículo 75 del Decreto prevé que sus normas se aplicarán con preferencia a cualquier otra disposición legal, incluso -establece el Decreto- a lo dispuesto en la Ley de Privatización.

En este sentido, debemos recordar que en nuestro país, ciertas leyes regulan concesiones de servicios públicos muy específicos, tal y como ocurre con la Ley de Aviación Civil y la Ley de Telecomunicaciones. En estos casos, se aplicará el Decreto-Ley número 138, dado su carácter orgánico .

Pero el carácter orgánico del Decreto-Ley, no persigue únicamente otorgarle una prevalencia sobre el ordenamiento jurídico, sino que encuentra su justificación en la importancia de la concesión dentro del marco Constitucional de la gestión económica del Estado, tal y como fuera expuesto.

Otro punto que debemos considerar respecto de la normativa del Decreto-Ley de Concesiones, es que por su carácter limitativo de la libertad de contratación de la Administración, sus normas deben interpretarse restrictivamente.

En todo caso, ello se aplica sólo respecto de la normativa que regula el proceso de selección del co-contratista, pues todas las disposiciones que protegen y garantizan la ecuación económico-financiera de la concesión, son de interpretación extensiva.

16. Decreto Presidencial número 138, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 4.719 Extraordinario, del 26 de abril de 1994.



2. Objeto y ámbito de aplicación del decreto.

De acuerdo con el artículo 1º del Decreto, sus disposiciones tienen por objeto regular las concesiones para la construcción, explotación, conservación y mantenimiento de obras públicas nacionales y para la prestación de servicios públicos.

Debe destacarse que el Presidente de la República, en ejercicio de facultades legislativas extraordinarias, reguló el otorgamiento de concesiones relativas a obras y servicios nacionales, y no los regionales o municipales. Evidentemente, no podía haber sido de otra forma, desde que se trata -en este caso- del ejercicio de la potestad para regular la administración de servicios públicos de la competencia del Poder Nacional.

Asimismo, el único aparte del artículo 1º del Decreto dispone:

"Este decreto se aplicará también a las concesiones de institutos autónomos y empresas públicas de capital nacional. En estos casos el Presidente de la República designará a un Ministro del sector para que dirija y coordine el proceso licitatorio y suscriba el contrato de concesión"

De esta forma el Ejecutivo Nacional ha querido incluir en el ámbito de regulación del Decreto a los entes que constituyen el sector de la Administración Pública Nacional funcionalmente descentralizada, sin embargo, diversos comentarios podrían formularse respecto de la norma transcrita.

En primer lugar, debe señalarse que el precepto alude a los "institutos autónomos", sin añadir otro calificativo. No obstante, desde que el ámbito de aplicación del Decreto se limita, como hemos dicho, a las concesiones de servicios y obras enmarcados en la esfera jurídica del Poder Nacional, es claro entonces que se trata, en este caso, de institutos autónomos nacionales.

Adicionalmente, en la norma se extiende el ámbito de aplicación del Decreto a "las empresas públicas de capital nacional". Esta expresión es ciertamente ambigua y confusa. Sin embargo, debemos observar que, tratándose de "empresas públicas", es necesario colegir la participación en su capital de entes del sector público, los cuales no pueden ser sino los re-

gulados por el Decreto, esto es, los que integran la Administración Pública Nacional Centralizada o Descentralizada Funcionalmente.

Así pues, debemos concluir que, en este caso, la expresión "capital nacional" no alude a la nacionalidad del propietario del capital sino, por el contrario, a su incorporación en el marco de la Administración Pública Nacional.

Por otra parte, es necesario señalar que la norma transcrita supone la disminución de la autonomía de los entes descentralizados a los que alude (institutos autónomos y empresas del Estado). En efecto, se caracterizan estos entes por tener una personalidad jurídica propia, independiente del ente público que les ha dado origen, de suerte tal que son sujetos de derechos y obligaciones. Sin embargo, la norma ha previsto que a los efectos de suscribir los contratos de concesión, los entes funcionalmente descentralizados no serán representados por sus propios órganos sino por otro de carácter externo —es una especie de mandato legal— enmarcado en el ámbito de la Administración Central: el Ministro del sector.

Por lo que respecta al objeto de regulación el Decreto distingue, acertadamente, entre las concesiones de obras públicas y las de gestión de servicios públicos.

El artículo 2º. define las "obras públicas nacionales" de la forma siguiente:

"...se entiende por obra pública nacional toda construcción, tales como carreteras, ferrocarriles, puertos, puentes, túneles, viaductos, obras hidráulicas y de saneamiento, edificios, fortificaciones, aeropuertos, monumentos, y otras obras análogas, así como la reforma, reparación y conservación de los mismos bienes, que se ejecuten con fondos nacionales o con fondos privados bajo el sistema de concesión."

Nótese que la norma transcrita define las obras públicas nacionales, mas no el régimen de concesión que las pueden regir, cuyo objeto ha sido fijado por el artículo 5º del Decreto-Ley, el cual, a la letra, prevé:

"Las concesiones de obras públicas nacionales tendrán por objeto la construcción, explotación, conservación y mantenimiento de nuevas obras o la explotación, conservación y mantenimiento de obras ya construidas".



Es necesario destacar que las actividades enunciadas deben, todas ellas, concurrir en el objeto del contrato de concesión de que se trate. Así, por ejemplo, las concesiones de obras nuevas, han de suponer siempre tanto su construcción como su explotación, conservación y mantenimiento.

El artículo 4º declara de utilidad pública la construcción, explotación, conservación y mantenimiento de las obras públicas nacionales a las que se refiere el artículo 2º.

Con esta declaratoria de utilidad pública el Decreto abre la posibilidad de realizar las expropiaciones que se requieran para la ejecución de las obras, pues con ello se da cumplimiento al requisito previsto en el ordinal 1º del artículo 3º de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social.

Por otra parte, el artículo 3º del Decreto define la concesión de servicios públicos como "el modo indirecto de gestionar, mediante contrato, los servicios de competencia nacional que tengan un contenido económico y sean susceptibles de explotación por los concesionarios, quienes asumen, por su cuenta y riesgo, la responsabilidad de explotar el servicio a cambio de percibir de los usuarios una cantidad de dinero que se determinará mediante tarifa".

Se consagra así una característica de la concesión que la doctrina siempre ha destacado, y sobre la cual hemos formulado algunos comentarios: las concesiones deben versar sobre los llamados servicios públicos comerciales e industriales, es decir, aquellos que, por sus propias características, se asemejan al servicio de una empresa privada.

Asimismo de manera explícita se prevé que el concesionario ha de asumir el riesgo de la explotación del servicio público. En efecto, el concesionario actúa como un empresario más que busca en una determinada industria un beneficio, como retribución por la inversión realizada, al tiempo que asume las probabilidades de que la empresa no produzca los resultados esperados. Por ello el artículo 7º prevé:

"La República no garantizará la obtención de provento alguno sobre los capitales que el concesionario invierta para dar cumplimiento a las obligaciones asumidas en los contratos de concesión".

No obstante, debe destacarse que el riesgo asumido por el concesionario es el normal y previsible en la actividad económica de que se trate. Así lo han destacado la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, las cuales han insistido en afirmar que el concesionario no está obligado a asumir las pérdidas o el déficit producto de situaciones anormales e imprevisibles.

En las anteriores consideraciones tiene su origen la llamada Teoría de la Imprevisión, donde encuentra su fundamento el derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio financiero o ecuación económico-financiera de la relación contractual. Inicialmente la administración pensó que a través del procedimiento de la concesión se había librado para siempre de los problemas financieros derivados de la prestación del servicio público, sin embargo, pronto entró en razón de que merced a la teoría de la imprevisión, se encuentra obligada a ir en auxilio del concesionario para rescatar las pérdidas.

Así pues, la Teoría de la Imprevisión está fundada en el derecho del concesionario a que la Administración asuma parte de las pérdidas originadas por la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato, en virtud de hechos anormales e imprevisibles.

Este derecho -principio básico de la relación concesional- ha sido recogido por el Decreto, al prever, en el artículo 43, que, en beneficio de la continuidad del servicio, se mantendrá el equilibrio económico financiero de la concesión en los términos establecidos en el mismo Decreto.

De esta forma se establece un compromiso entre el interés público involucrado en el servicio y el interés individual del concesionario, ya que si éste está obligado a mantener la continuidad del servicio, aun cuando deba soportar acontecimientos que exceden el riesgo normal de la empresa que ha asumido, es lógico mantener su derecho a exigir de la Administración cierta participación en las pérdidas.

La obligación del concesionario de mantener la continuidad del servicio resulta del artículo 16 del Decreto, el cual le obliga a prestarlo con la continuidad requerida. No cabe invocar en este contrato administrativo la excepción *non adimpletis contractus*, prevista en el derecho común. Así-



mismo, se dispone que el contrato de concesión debe prever la obligación del concesionario de garantizar el adecuado funcionamiento de las obras o servicios.

Se entiende que el auxilio financiero que por esta vía se otorgue debe ser excepcional y transitorio, desde que si fuere permanentemente deficitaria la prestación del servicio, y no se trataría entonces de uno de aquellos servicios susceptibles de ser otorgados en concesión. En esos casos el concedente dispone en todo momento de la prerrogativa de poner fin anticipadamente al contrato, si estima que del servicio concedido no se deriva ningún beneficio para la colectividad. Evidentemente, el ejercicio de esta prerrogativa -rescate- supone la obligación de indemnizar íntegramente al concesionario de las pérdidas sufridas.

Hoy la teoría de la imprevisión ha perdido un poco su utilidad, pues los modernos pliegos de condiciones, a la vista de la jurisprudencia, han incluido cláusulas destinadas a contemplar supuestos de revisión automática del contrato¹⁷.

A una reparación integral está igualmente obligado el concedente en aplicación de la Teoría del Hecho del Príncipe. En efecto, con esta expresión se alude a la intervención de los órganos de los Poderes Públicos que hacen más onerosa la prestación a la que se obliga el contratante de la Administración, en virtud de lo cual surge para aquél el derecho a ser reparado íntegramente del daño sufrido.

No obstante, como ha señalado el tratadista Lares Martínez¹⁸ "... no todas las intervenciones de los órganos del Estado que hagan más difíciles u onerosas la ejecución del contrato dan derecho al Contratista a exigir la indemnización correspondiente ...".

A estos efectos debe atenderse a una concepción estricta del Hecho del Príncipe. Por ello, según el mencionado autor "se considera así el hecho emanado de la propia persona pública contratante que hace más difícil u onerosa la ejecución del contrato celebrado, y del cual deriva para el contra-

17. Una de tales figuras son las denominadas "cláusulas polinómicas".

18. LARES MARTINEZ, Eloy. "El Equilibrio Financiero de los Contratos Administrativos", en Revista de la Fundación Procuraduría General de la República N° 8, pp. 123 y ss.

tista el derecho a exigir de la administración el pago de una reparación integral".

Por último, debemos formular algunas consideraciones en relación al artículo 13 del Decreto-Ley.

En tal sentido, el Decreto-Ley establece que si bien la transferencia a los Estados de las competencias del Poder Nacional relativas a la conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras, puentes, autopistas, puertos y aeropuertos nacional de uso comercial, se regulará por la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público¹⁹, el Ejecutivo Nacional podrá decidir que la administración, conservación y aprovechamiento de carreteras, puentes, autopistas, puertos y aeropuertos nacionales de uso comercial se haga mediante el régimen de concesiones, según lo pautado en el Decreto-Ley.

En nuestra opinión, ello evidentemente será así, hasta tanto las competencias sean efectivamente asumidas por los Estados²⁰, momento en el cual se han de transformar en competencias estatales exclusivas, y, en consecuencia, quedarán sustraídas al ámbito del Decreto que analizamos²¹.

Debemos señalar que en este supuesto, esto es, cuando las entidades federales asuman determinada competencia que el Poder Nacional ejercía mediante concesión, nos encontraremos ante el supuesto regulado por el artículo 72 del Decreto-Ley, relativo a la extinción del contrato de concesión por imposibilidad de cumplimiento de su objeto²².

-
19. La transferencia de estas materias exclusivas del Poder Nacional ha sido prevista en el artículo 11 de la Ley Orgánica mencionada.
 20. La transferencia efectiva de las competencias descentralizadas, operará sólo cuando las Asambleas Legislativas de los respectivos Estados asuman la competencia, tal y como prevé el artículo 11 de la Ley Orgánica ya mencionada.
 21. La intención del legislador no pudo ser otra, por cuanto pretender que el Ejecutivo Nacional podría decidir la aplicación del régimen de concesiones nacionales a competencias descentralizadas de las entidades federales, implicaría una abierta violación al artículo 137 de la Constitución.
 22. En efecto, la Administración Pública Nacional no puede otorgar la concesión de una actividad que es competencia exclusiva de las entidades federales.



3. El Contrato de Concesión.

A. Término de la Concesión.

El artículo 9º del Decreto establece que la duración de la concesión no podrá exceder de cincuenta años (50) contados a partir de la firma del contrato.

La doctrina ha señalado que el contrato de concesión debe necesariamente ser a tiempo determinado. Así, la posibilidad de una concesión a tiempo indeterminado ha sido rechazada, pues en este caso la Administración podría revocar o rescatar en cualquier momento la concesión, sin necesidad de indemnizar al co-contratante por el lucro cesante. Igualmente, la concesión a tiempo indeterminado se asemejaría más a un permiso o autorización unilateral.

También se critica la posibilidad de un contrato de concesión a perpetuidad, pues ello choca con la noción dinámica del servicio público, aunado a lo cual tendríamos que agregar los múltiples inconvenientes a los que se enfrentaría la Administración, al momento de rescatar la concesión.

Ahora bien, habiendo establecido la doctrina la necesaria determinación de la vigencia del contrato de concesión, el problema a solucionar consiste en precisar el lapso de tal vigencia. En este sentido se señala que la concesión debe durar el tiempo necesario para la amortización de los bienes suministrados por el co-contratista, para justificar así -como explicaremos *infra*- la reversión.

Cabe destacar que en nuestro ordenamiento jurídico, la determinación del contrato de concesión es de orden constitucional, pues el artículo 97 de nuestro texto fundamental señala que solo se podrán otorgar concesiones por tiempo limitado, para el establecimiento y la explotación de obras y servicios de interés público.

Por último, consideramos que el contrato de concesión podrá ser prorrogado sucesivas veces, pero sin exceder en su totalidad, del lapso fijado de cincuenta años. Ello se deriva del artículo 44 *eiusdem*, el cual prevé la posibilidad del Ejecutivo de "... extender el plazo (de duración de la concesión) sin llegar al máximo previsto en el artículo 9 ..." (paréntesis nuestro).

B. El Decreto de Concesión.

El procedimiento para el otorgamiento de concesiones -sea para la construcción, modificación o explotación de una obra, como para la gestión de un servicio público- ha de iniciarse mediante el Decreto de Concesión dictado por el Presidente de la República, el cual deberá tener el siguiente contenido:

1.- La decisión de otorgar en concesión la construcción, explotación, conservación y mantenimiento de una nueva obra pública o la explotación, conservación y mantenimiento de una obra ya construida, o bien la de dar en concesión un servicio público determinado.

2.- Las condiciones generales o particulares de la concesión²³.

3.- Las características generales de la obra o del servicio.

4.- Cualquier otro particular que señale el Ejecutivo Nacional.

5.- El capital social mínimo que deberá mantener la empresa concesionaria durante la explotación de la obra o servicio.

Asimismo, el Decreto-Ley prevé la posibilidad que el Ejecutivo Nacional exonere al concesionario de una determinada obra o servicio público del pago del Impuesto Sobre la Renta, en la cuantía y por el tiempo determinado en el Decreto de Concesión (artículo 49).

Nótese que en este caso no se trata de un elemento necesario sino eventual del Decreto, que dependerá de la decisión que al respecto tome el Ejecutivo Nacional.

C. Deberes del Ejecutivo Nacional

De acuerdo con el artículo 8 del Decreto, corresponde al Ejecutivo Nacional realizar un estudio y elaboración de normas técnicas que regirán el funcionamiento de la concesión y para la selección del co-contratista.

Igualmente se prevé expresamente en deber del Ejecutivo de efectuar la supervisión, inspección y control de la construcción, explotación, conservación y mantenimiento de las obras o explotación del servicio, potes-

23. Dentro de este numeral, podemos incluir todas aquellas disposiciones impuestas por la Administración unilateralmente, y que no podrán ser relajadas por el co-contratista.



tad presente en todo contrato administrativo. Tal función contralora será extensiva al desempeño del co-contratista.

D. El procedimiento para la selección del concesionario.

La selección del concesionario se realizará por licitación pública en dos etapas: la calificación de los postulantes y la selección del concesionario.

4. La Calificación de los postulantes.

Una vez adoptada, mediante el Decreto de Concesión, la decisión de proceder a través de este medio de gestión, la selección del concesionario se realizará por licitación. Esta se iniciará a través de un anuncio publicado "en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela o en el órgano análogo del Estado o Municipio donde la obra se vaya a construir o el servicio se vaya a prestar sin perjuicio de anunciarse en medios privados de difusión del país o del extranjero, si esto se estimare conveniente" (artículo 19).

La documentación necesaria para la información de los proponentes deberá estar a disposición de los que deseen consultarla, durante el término del llamado, en la sede de la autoridad licitante y copia de estos documentos será remitida a los Estados donde la obra será construida o conservada o el servicio será prestado.

Prevé el Decreto que entre la documentación que se entregará a los postulantes debe incluirse el proyecto de contrato de concesión con las condiciones generales de contratación, es decir, los aspectos del contrato que no estarán sujetos a negociación por parte del concesionario.

En cuanto a la normativa aplicable a tal procedimiento, tenemos que las disposiciones sobre los procedimientos de licitación y adjudicación directa previstas en la Ley de Licitaciones son aplicables al proceso de selección del concesionario, en la medida en que sean compatibles, tal y como lo señala el artículo 22 *eiusdem*. No obstante, se permite que el Ejecutivo Nacional dicte Reglamentos Especiales, destinados a regular el proceso licitatorio para la concesión de aquellas obras y servicios que, a su juicio, así lo requieran.

En nuestra opinión, los vacíos normativos que puedan contener los Reglamentos Especiales deberán ser llenados por las disposiciones de la Ley de

Licitaciones, en virtud del carácter supletorio que en esta materia le otorga el mencionado artículo 22.

En todo caso los Reglamentos especiales que se dictaren deben respetar los principios que la doctrina predica de la Licitación, estos son: publicidad, concurrencia e igualdad.

Hay también la posibilidad, conforme el ordenamiento vigente, de elegir libremente al concesionario:

- 1.- Cuando se trate de una empresa de capital mixto en que la participación accionaria del sector público fuese igual o superior al cincuenta por ciento (50%).
- 2.- Cuando no fuese posible promover la concurrencia en la oferta. Ello deviene de una característica esencial a la licitación, esto es, la participación de varias personas que, en pie de igualdad, presentan a la Administración sus distintas ofertas.
- 3.- Cuando por circunstancias excepcionales o de reconocida urgencia, debidamente justificadas en el expediente, sea necesario aplicar el procedimiento de la adjudicación directa.
- 4.- Cuando el presupuesto de la obra o del servicio sea inferior al monto que determine el Presidente de la República, en Consejo de Ministros y,
- 5.- Cuando la adjudicación tenga por objeto continuar la ejecución de obras o la prestación de servicios cuyos contratos hayan sido resueltos por el Ejecutivo Nacional, ya sea por incumplimiento del concesionario, rescate anticipado de la concesión o quiebra del concesionario, conforme a lo dispuesto en el Decreto-Ley.

En estos casos, rige con toda plenitud el principio en materia de contratación administrativa, en virtud del cual la Administración tiene amplia libertad para seleccionar al co-contratista.

Para la *determinación de los postulantes calificados* deberá acudirse a lo dispuesto en la Ley de licitaciones: el anuncio de la Licitación deberá contener la expresión del sitio, día y hora en que, transcurridos los cinco (5) días laborables (hábiles) siguientes al de la publicación, se recibirán en acto público las manifestaciones de voluntad de participar en la licitación, así como la documentación preliminar requerida a los efectos de realizar la calificación de los postulantes.



Una vez recibida la documentación indicada, el Ejecutivo Nacional, oído el informe de la Comisión de Licitación, dentro del plazo que señale, determinará los postulantes calificados. Si resultaren calificados dos o más postulantes se continuará con el procedimiento de licitación.

En caso de que sólo un postulante resultare calificado, el Decreto prevé la posibilidad de que el Ejecutivo Nacional proceda a la negociación directa con él para la suscripción del contrato, prescindiendo del procedimiento de licitación.

5. Selección del concesionario.

Determinados como sean los postulantes calificados, la Comisión de Licitación regulada en el Decreto-Ley, deberá notificarles de esta decisión mediante comunicación dirigida a cada uno de ellos, con el fin de que presenten sus ofertas. Asimismo notificará, con expresión de las causas que lo motiven, a quienes hubieren sido descalificados, todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 38 de la Ley de Licitaciones²⁴.

El plazo para la recepción y apertura de las ofertas se determinará según lo dispuesto en la Ley de Licitación (salvo lo regulado en reglamentos especiales), teniendo en cuenta la complejidad de la obra o servicio.

Los postulantes calificados (en caso de ser dos o más), en su carácter de proponentes, una vez iniciada la etapa de selección del concesionario, presentarán, junto con sus ofertas, garantía suficiente por el monto que se determine para la suscripción del contrato en caso de ser seleccionados.

Finalmente, para la selección de las ofertas la Comisión examinará las propuestas, señalará las que considere inadmisibles y las que a su juicio fueren convenientes a los intereses de la República -indicando la prelación- y presentará al Ejecutivo Nacional sus recomendaciones en informe razonado dentro de los veinte (20) días hábiles siguiente a la fecha de recepción de las ofertas, salvo que, consideradas las razones de la Comisión, el Ejecutivo Nacional acuerde prorrogar el lapso para la presentación del informe de la Comisión²⁵.

24. En este caso, las "comunicaciones" y "notificaciones" aludidas, deberán regularse por lo previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

25. Este informe deberá cumplir con las especificaciones del artículo 49 de la Ley de Licitaciones.

Dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la recepción del informe de la Comisión, el Ejecutivo Nacional otorgará la buena pro o declarará desierta la licitación. El Ejecutivo Nacional podrá acordar por una sola vez, una prórroga para tomar la decisión correspondiente hasta por un lapso igual al mencionado.

6. La Concesión.

En atención al ordinal 14 del artículo 20 de la Ley Orgánica de la Administración Central, es competencia de todos los Ministros "otorgar, previo cumplimiento de las formalidades de ley, los contratos relacionados con asuntos propios del Ministerio". De ahí, que la celebración del contrato de concesión es competencia del Ministro del Sector, el cual podrá ser determinado en el propio Decreto de Concesión.

En este punto el Decreto-Ley contiene una particularidad, pues el contrato de concesión no será suscrito con el postulante seleccionado, sino con una sociedad anónima de nacionalidad venezolana, constituida a tal efecto por el adjudicatario de la concesión.

En cuanto al requisito de la nacionalidad venezolana debe entenderse que ello se refiere a su constitución original en Venezuela y no a la obtención de la calificación de "nacional" por la Superintendencia de Inversiones Extranjeras. En efecto, interpretar que la expresión "nacionalidad venezolana", impide que las empresas constituidas originalmente en Venezuela, y que hubieren sido calificadas por SIEX como extranjeras o mixtas, participen en los procesos de licitación, implicaría que a través del Decreto que se comenta, se estaría modificando el régimen de inversiones extranjera vigente en Venezuela, desde que -conforme a tal interpretación- se estaría formulando una reserva a favor de las empresas nacionales y, en consecuencia, ampliando los supuestos contenidos en el artículo 26 del Decreto 2.095 de fecha 25 de marzo de 1992²⁶.

Estimamos que en virtud del carácter *intuitu personae* del concesionario, la sociedad sólo podrá tener como accionista al co-contratante seleccio-

26. Publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 34.930, contenido del reglamento del régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías.



nado, lo que supone una excepción al régimen general en virtud del cual la sociedad anónima requiere de al menos dos (2) socios para su constitución.

La compañía anónima que fungirá de concesionario, se regulará por las normas previstas en el Código de Comercio, dejando a salvo las restricciones contenidas en el Decreto-Ley, a saber, la prohibición de fusionarse o disolverse sin la previa autorización del Ejecutivo Nacional; lo relativo al capital suscrito y pagado; el carácter nominativo de las acciones, y la imposibilidad de ser enajenadas o gravadas sin la autorización del Ejecutivo Nacional y, finalmente, la obligación de reintegrar el capital social en caso de disminución, sin que puedan dar por reducido el existente o liquidar la empresa, como lo prevé el Código de Comercio²⁷.

Una vez constituida la sociedad, en los términos antes expuestos, y prestada la fianza correspondiente, se formalizará el contrato mediante escritura pública²⁸, cuyo contenido mínimo, según el Decreto-Ley, será el siguiente:

1. La descripción pormenorizada de la actividad que será realizada por el concesionario y su obligación de ejecutarla a su propio costo y riesgo.
2. La memoria descriptiva de las obras y servicios.
3. El plazo de duración de la concesión y los plazos parciales para la entrega de proyectos, la construcción de obras y la puesta en servicio total o por etapas.
4. El otorgamiento al concesionario de los derechos de uso de la obra o de la prestación del servicio.
5. Las tarifas iniciales y el procedimiento para su fijación y revisión.
6. Las cláusulas relativas al régimen económico financiero de la concesión.
7. La asunción de forma exclusiva, por el concesionario, de las responsabilidades que deriven de la competencia objeto de la concesión.
8. Las inversiones y obras a ejecutar así como el procedimiento de revisión de los costos de construcción y del servicio.
9. La determinación de las garantías.

27. Artículos 30 y siguientes del Decreto-Ley.

28. Como sea que el Decreto-Ley no consagró ninguna sanción para la omisión de tal formalidad, estimamos que la exigencia de escritura pública no es un requisito *ab sustanciam*, sino sólo a los fines de probar la existencia, contenido y términos del contrato de concesión.

10. La obligación del concesionario de garantizar el adecuado funcionamiento de las obras o del servicio.
11. Las directrices y las normas específicas que, en cada caso, dicte el Ejecutivo Nacional.
12. Los derechos de los usuarios.
13. Las demás cláusulas que sean procedentes de acuerdo a la naturaleza de la concesión y las que el Ejecutivo Nacional considere conveniente introducir en beneficio de los intereses nacionales.

El Decreto-Ley ha dejado aclarado lo relativo a los derechos de concesión, es decir, las contraprestaciones que debe pagar el concesionario al concedente. De acuerdo con el artículo 37 *eiusdem*, estos derechos serán procedentes tan sólo cuando hayan sido estipulados en el contrato, en el cual se fijará también el procedimiento y oportunidad para su revisión.

7. El régimen económico financiero del contrato.

Entendemos por tal, el conjunto de disposiciones estatutarias y contractuales que regulan lo relativo a las ganancias económicas que espera obtener el concesionario, durante el desarrollo de la concesión.

Recordemos que tal ecuación impone un límite a las potestades exorbitantes de la Administración en lo que respecta a su indemnización. No pretendemos establecer, ni mucho menos, que en virtud de la integridad de la ecuación económico-financiera de la concesión el co-contratista puede eludir el cumplimiento de las cargas impuestas por la Administración. Antes por el contrario las modificaciones, cambios y demás actuaciones unilaterales que introduzca la Administración en la concesión serán siempre exigibles, sólo que, en algunos casos, ello dará lugar a una indemnización.

Tal supuesto procede, como expusimos ya, cuando la actividad administrativa lesiona la ecuación económico-financiera del contrato, ocasionando una lesión en el patrimonio del co-contratista, que debe ser indemnizada.

Este régimen se fundamenta en que el concesionario tiene derecho a percibir de los usuarios, como contraprestación por el uso de las obras o



servicios dados en concesión, una suma de dinero que se determinará mediante tarifa. Asimismo, las tarifas y sus modificaciones serán puestas en vigencia mediante Resolución del Ministro con competencia en la materia respectiva y serán publicadas en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela.

Los ingresos que por concepto de tarifas obtenga el concesionario serán constituidos en fideicomiso cuya movilización se hará conforme a lo dispuesto en el Plan Económico Financiero.

Ahora bien, el Ejecutivo Nacional conserva la prerrogativa de modificar, por razones de interés público, tanto las tarifas como las características del servicio contratado. El ejercicio de esta prerrogativa -ius variandi- que asiste a la Administración, supone el deber de indemnizar íntegramente al concesionario en caso de que con ello se rompa el equilibrio económico financiero del contrato.

Pero opuesto a ello, y con el fin de preservar la calidad y continuidad del servicio, el Decreto-Ley prevé una serie de ayudas y beneficios en favor del concesionario, a saber:

- Posibilidad de que el Ejecutivo Nacional otorgue ayudas financieras a los concesionarios cuando se trate de obras de urgente realización o de servicios públicos esenciales o cuando se requiera su incremento inmediato.

- Se podrá aportar al concesionario proyectos, terrenos y construcciones correspondientes a las obras o servicios objeto de la concesión.

- Se le podrá otorgar la explotación, conservación y mantenimiento de obras contiguas a la concedida o tramos de éstas ya construidas, o bien extender el plazo de la concesión sin exceder el máximo previsto de cincuenta (50) años

- Se podrá también disponer que las tarifas que se recauden por el uso de vías nacionales de comunicación se inviertan total o parcialmente en el financiamiento de construcciones de nuevas obras o para la rehabilitación de las ya existentes.

- La República podrá figurar como garante de las obligaciones del concesionario, con dos limitaciones: cuantitativamente, la caución no podrá exceder del setenta y cinco por ciento (75%) de los gastos de inversión; y, temporalmente, no podrá constituirse por un término mayor al que falte para la expiración del plazo de la concesión. Esta garantía podrá aumentarse hasta el noventa por ciento (90%) con la autorización de las Cámaras Legislativas en sesión conjunta o de la Comisión Delegada.

- Las maquinarias y equipos importados por el concesionario y sus contratistas podrán ser liberados de los gravámenes aduaneros, conforme a los regímenes previstos en la Ley Orgánica de Aduanas.

- El Ejecutivo Nacional puede exonerar al concesionario del pago del Impuesto Sobre la Renta, en la cuantía y por el tiempo determinado en el Decreto de Concesión.

Lo anterior, se corresponde con la figura de los privilegios - comunes en los contratos administrativos - y que tienden a otorgar al co-contratista una posición ventajosa dentro del contrato, quizás para nivelar el desequilibrio que ocasionan las potestades exorbitantes de la Administración.

Las exoneraciones que sean de índole tributaria, deberá enmarcarse dentro del denominado *Principio de Legalidad Tributaria*, de rango constitucional (artículo 224 del Texto fundamental). Este principio, implica que sólo por ley podrán regularse los tributos (impuestos, tasas y contribuciones especiales), y ha sido desarrollado en el artículo 4 del Código Orgánico Tributario, según el cual, sólo a la ley corresponde regular -entre otras materias- las autorizaciones "... al Ejecutivo Nacional para conceder exoneraciones...". Precisamente, esto es lo que consagró el comentado Decreto-Ley, al autorizar a la Administración a otorgar exoneraciones e incentivos fiscales.

8. Las expropiaciones y el régimen de los bienes.

El artículo 56 del Decreto expresamente ha atribuido esta potestad en favor de los concesionarios. Al respecto dispone el mencionado artículo, que el concesionario tratará directamente con los propietarios la adquisición, por vía expropiatoria, de los derechos y bienes afectados, sin necesi-



dad de recurrir al requerimiento señalado en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social. Si esta fase previa fuese infructuosa a los fines de lograr un acuerdo entre el concesionario y los propietarios, aquél actuará conforme al procedimiento expropiatorio establecido en la ley de la materia. En estos casos se entiende que el concesionario se subroga en los derechos y deberes que le corresponden a la Administración, tal y como lo contempla el artículo 9 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social. Ahora bien, por lo que respecta al régimen de los bienes afectados a la concesión, el Decreto-Ley somete al concesionario a una serie de autorizaciones destinadas a evitar su deterioro, enajenación o gravamen, en detrimento del objeto de la concesión.

Así pues, dispone el Decreto que corresponde al concesionario la guarda, explotación y mantenimiento de los bienes destinados a la concesión, sean éstos del dominio público o del dominio privado de la República.

De acuerdo con el mismo cuerpo normativo, son bienes del dominio público los inmuebles expropiados, las obras de ingeniería y las edificaciones, así como los bienes muebles que se incorporen de manera permanente y no puedan ser separados del inmueble sin deterioro²⁹. Los inmuebles expropiados para áreas de servicios conexos y las edificaciones sobre ellas construidas, serán del dominio público o privado de la República, en atención al uso a que se destinen.

Asimismo, el poder de supervisión del concedente sobre la prestación del servicio se extiende a los bienes propios del concesionario afectados a su prestación. Al respecto, el artículo 59 del Decreto establece que tales bienes no podrán ser enajenados ni gravados sin autorización del Ejecutivo Nacional.

En consecuencia, los Notarios y Registradores se abstendrán de autenticar, reconocer o protocolizar cualquier acto mediante el cual se pretenda efectuar la enajenación o gravamen sobre estos bienes, si no se acompaña la autorización escrita del Ejecutivo Nacional. La falta de este requisito supone la nulidad del acto y, por lo tanto, será inoponible a la República.

29. En estos casos, no sería ya bienes muebles, sino bienes inmuebles por afectación.

Adicionalmente, el artículo 60 dispone que todos los bienes afectados a la prestación del servicio no podrán ser desmantelados, modificados o sustituidos sin autorización del Ejecutivo Nacional en los términos que determine el Reglamento. Cabe señalar que la remisión al reglamento ejecutivo, es sólo a los fines de las condiciones en que procede tal autorización, por lo que la ausencia de reglamentación en modo alguno impide al Ejecutivo autorizar la transformación de los bienes del co-contratante afectados al contrato administrativo.

Igualmente, el Decreto ha previsto en su artículo 61, la obligación del concesionario de entregar a la República en buen estado, una vez extinguida la concesión por cualquier causa, las obras, instalaciones, maquinarias y equipos y sus accesorios afectados a la prestación del servicio. Ahora bien, tal norma no indica a cuales bienes se refiere, es decir, si abarca los bienes del co-contratante o los bienes de la República.

Si se refiriese a la transmisión de los bienes del concesionario a la República, nos encontraríamos frente a la figura de la reversión, la cual está regulada expresamente en el Decreto-Ley. Por ello, estimamos que esta norma se refiere únicamente a los bienes de la República, afectados a la concesión.

9. La extinción del contrato de concesión.

Las formas de extinción de la concesión también se hallan en las normas de concesión vigentes:

A. Vencimiento del lapso.

El cumplimiento del lapso de la concesión trae como consecuencia natural la reversión de los bienes del concesionario en favor del concedente, desde que aquellos que estuvieron afectados a la prestación del servicio pasarán a ser propiedad de la República sin indemnización y libres de gravámenes y carga.

El fundamento de esta figura excepcional obedece a varias causas. En primer lugar, actúa como una contraprestación por los beneficios económicos obtenidos por el concesionario, durante la explotación del contrato. En segundo lugar, permite que la Administración continúe explotando el servicio -directa o indirectamente- con los bienes ya afectados a esa acti-



vidad: la *continuidad* en la prestación del servicio público se vería lesionada si el co-contratista permaneciese con los bienes afectados a la actividad administrativa, lo que obligaría a la Administración a edificar nuevas obras para la prestación del servicio público.

Pero el principal problema de esta reversión, se refiere a la indemnización del co-contratista por la pérdida del bien. De ahí, que la reversión es una figura necesariamente vinculada con la extinción por vencimiento del término, pues ella presupone que en ese momento, el concesionario habrá amortizado el valor de los bienes destinados al servicio público.

En el supuesto de que el concesionario hubiese aportado bienes propios para la ejecución del contrato con posterioridad al inicio de la concesión, de manera tal que no se hubiesen amortizado al finalizar el plazo del contrato, la reversión de estos bienes deberá ser indemnizada por la Administración.

En este orden de ideas el Decreto prevé que el Ejecutivo Nacional, con suficiente antelación al plazo fijado para la expiración, exigirá del concesionario que adopte las medidas que aseguren la entrega de las instalaciones y áreas de servicio en condiciones normales de operabilidad y adoptará medidas especiales de vigilancia. Esta previsión se dirige a precaver la desatención de los gastos de mantenimiento y de reposición de los bienes en que suele incurrir el concesionario cuando está advertido de la inminencia de la reversión.

B. Resolución por incumplimiento del concesionario.

La resolución por incumplimiento o caducidad tiene un carácter sancionatorio, pues supone una inobservancia grave y sistemática de las obligaciones del concesionario. Esta declaratoria de caducidad será dictada por la Administración concedente, sin necesidad de pronunciamiento judicial, y hará exigibles las garantías otorgadas por el concesionario.

En este supuesto, el co-contratante no podrá reclamar indemnización alguna, debido a que la causa de la resolución del contrato de concesión es el incumplimiento de los deberes específicos a la concesión³⁰.

30. De los reembolsos referidos se deducirán las cantidades necesarias para el pago de las deudas que existieren a cargo del concesionario, dando preferencia a las obligaciones a favor de la República o garantizadas por ésta, y el remanente será entregado al concesionario.

C. Rescate anticipado.

Por razones de conveniencia, la Administración concedente puede declarar terminado el contrato por rescate anticipado. Ello será decidido por el Ejecutivo Nacional para asumir la prestación directa del servicio; no obstante, tal como afirmáramos anteriormente, el concedente tiene la potestad de decidir el rescate anticipado para poner fin al servicio si de él no se desprende beneficio alguno para la colectividad.

Hay que destacar que una de las potestades administrativas reconocidas en todo contrato administrativo, se refiere a la posibilidad de la Administración contratante de revocar unilateralmente el contrato, sin que medie incumplimiento del co-contratista. En materia de concesiones, tal revocatoria se denomina "rescate de la concesión".

En relación a lo anterior, nuestra jurisprudencia ha señalado que "... en el campo de acción de los contratos administrativos, y aunque no conste en las cláusulas de la convención, la rescisión de ellos, cuando así lo demandan los intereses generales y públicos, es una Facultad que la Administración no puede enajenar ni renunciar ..."³¹.

Esta potestad implica la obligación del ente concedente de indemnizar íntegramente los daños y perjuicios ocasionados al co-contratante, tal y como expresamente lo consagra el artículo 68 el Decreto-Ley³².

D. Quiebra del Concesionario.

Estrechamente relacionada con su carácter *intuitu personae*, solicitada la quiebra u otorgado al concesionario el beneficio de atraso, la República podrá entrar inmediatamente en posesión de todos los activos afectados a la concesión.

31. Corte Federal y de Casación, en Sala Federal. Sentencia de fecha 12 de noviembre de 1954. Caso Alberto Machado Machado". Gaceta Forense número 6, 1954.

32. Según tal artículo, la Administración deberá cancelar (1) las cantidades correspondientes a expropiaciones y obras, calculadas de mutuo acuerdo con base a precios actualizados; (2) las cantidades que correspondan a otros bienes afectados a la concesión calculadas de mutuo acuerdo con base a precios actualizados; (3) el valor actual de otros bienes no afectados a la concesión que la República decida comprar al concesionario; (4) una indemnización destinada a compensar la retribución que dejare de percibir el concesionario durante el período que falte para la terminación de la concesión, calculada con arreglo al Plan Económico Financiero original y sus modificaciones aprobadas por el Ministerio competente.



Decretada la quiebra o el estado de atraso se suspenderá el procedimiento establecido en el Código de Comercio con el objeto de que el Ejecutivo Nacional presente al Juez una propuesta de liquidación. Si no fuese aceptada, el Ejecutivo Nacional liquidará las inversiones hechas de acuerdo al régimen previsto para el supuesto de resolución del contrato por incumplimiento.

E. Por imposibilidad de cumplir con el objeto de la concesión.

Si el cumplimiento del objeto de la concesión deviene en imposible para el concesionario, por causas extrañas a su voluntad, prevé el Decreto que el Ejecutivo Nacional, previa ponderación de su conveniencia, podrá decidir modificar el régimen contractual.

Pero si las modificaciones no fuesen aceptadas por el concesionario, se procederá a liquidar las inversiones de acuerdo con lo establecido para el supuesto de terminación de la concesión por caducidad, contemplado en el artículo 67 del Decreto-Ley. Del monto que resulte se deducirán las cantidades necesarias para el pago de las deudas que existieren a cargo del concesionario y en favor de la República o garantizadas por ésta y el remanente será entregado al concesionario.

Estimamos que en igual sentido se procederá cuando las posibles modificaciones que pueda introducir el ente concedente, no sean suficientes para poder continuar la explotación de la concesión.

Extinguida la concesión por causas distintas al vencimiento del término o a la quiebra del concesionario, la República se subrogará en los derechos u obligaciones del concesionario. Asimismo, el concesionario tiene la obligación de entregar a la República en buen estado, una vez extinguida la concesión por cualquier causa, las obras, instalaciones, maquinarias y equipos y sus accesorios afectados a la prestación del servicio, tal y como fuera expuesto.

Igualmente estará obligado el concesionario a vender a la República, por el precio que se establezca de mutuo acuerdo o por expertos, los bienes que ésta requiera aun cuando no sean parte de la concesión.

10. Jurisdicción aplicable.

El Decreto ha establecido que el concesionario queda sometido al ordenamiento jurídico venezolano y a la jurisdicción de los tribunales de la República, sin perjuicio de que esta última y el concesionario decidan celebrar un compromiso de arbitramento para dirimir las dudas y controversias relativas a la interpretación y ejecución del contrato; correspondiéndoles determinar de mutuo acuerdo la composición, competencias, procedimiento y derecho aplicable³³.

Siendo la concesión un verdadero contrato administrativo, los Tribunales competentes para dilucidar cualquier controversia que de ésta se derive serán *siempre* los de la jurisdicción contencioso-administrativa, específicamente la Sala Politico-Administrativa, según lo dispuesto en el numeral 14, artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

El problema surgiría entonces cuando las partes acuerden someter cualquier controversia del contrato a una decisión de árbitros, lo cual implicaría una exclusión del control de la especial jurisdicción contencioso-administrativa sobre las concesiones públicas.

Al respecto, Marienhoff³⁴ sostiene que la procedencia de un arbitraje en los contratos administrativos requiere una previa habilitación legal, siendo que, aún en estos supuestos "... debe analizarse cada caso concreto para determinar si el mismo vulnera o no la Constitución. Por eso es que la fórmula genérica ... utilizada en ciertas leyes y contratos diciendo que todas las cuestiones que puedan surgir entre el Estado y el co-contratante quedarán libradas a la decisión arbitral es de relativa trascendencia y validez ...".

Precisamente, el contenido del mencionado artículo 10 debe ser contrastado con el artículo 206 constitucional. Si estimamos que tal norma constitucional consagra el control de la actividad administrativa (inclusive la contractual) única y exclusivamente por parte de los órganos de la juris-

33. Esta disposición del Decreto-Ley constituye un complemento del artículo 127 de la Constitución.

34. MARIENHOFF, Miguel. "Tratado de Derecho Administrativo". Tomo II-A. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Páginas 601-602.



dicción contencioso-administrativa, podríamos concluir que la excepción contenida en el único aparte del artículo 10 *eiusdem* sería inconstitucional, al excluir del ámbito del contencioso-administrativo el control de los contratos de concesión, cuando las partes así lo dispongan.

La posibilidad –aceptada jurisprudencialmente– de confiar a tribunales ordinarios el control de la legalidad de ciertos actos administrativos afirmaría, sin embargo, la tesis de la validez del único aparte del artículo 10.

Respecto este punto, señala el autor Brewer-Carias, que la posibilidad de someter a arbitraje los contratos administrativos es permisible en Venezuela desde la entrada en vigencia del artículo 608 del Código de Procedimiento Civil, pero excluyendo aquellas materias sobre las cuales no cabe transacción, esto es, respecto al ejercicio de facultades obligatorias³⁵.

Es por ello, que no podrá someterse a arbitraje, el control de la legalidad de los actos separables del contrato administrativo, incluyendo el acto de resolución unilateral del contrato o las modificaciones unilaterales del servicio u obra pública.

III CONCLUSIONES

1. La concesión representa en la actualidad, una de las herramientas más útiles que posee el Estado para la mayor efectividad en la explotación de las distintas actividades que le corresponde desempeñar, al igual que impulsa la colaboración de los administrados en distintas tareas de índole administrativa.

2. Dentro del marco económico que consagra nuestra Constitución, la concesión reafirma el derecho a la libre actividad económica de los particulares, permitiendo su intervención en materias reservadas a la actividad administrativa.

En este sentido, la concesión se enmarca dentro de los procesos de privatización, desde que traslada al sector privado la explotación de un servicio, obra o bien, reservado al sector público.

35. BREWER-CARIAS, Allan. "Contratos Administrativos". Editorial Jurídica Venezolana, 1992.

3. En cuanto a la naturaleza de la concesión, estimamos que la misma reviste siempre la forma de contrato administrativo, tal y como expresamente lo consagran el Decreto-Ley sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales.

4. Al ser la concesión un contrato administrativo, la Administración concedente ostenta las potestades exorbitantes del derecho común, que tutelan el interés general que subyace en la concesión. Tales potestades están presentes con independencia de su consagración en el propio título de la concesión.

5. El efecto traslativo de la concesión en nada afecta la naturaleza del servicio, obra o bien que será explotado por el concesionario. Antes por el contrario el ente concedente continúa siendo el titular del objeto de la concesión, lo que justifica las potestades de control, fiscalización o modificación unilateral de la concesión.

6. Igualmente, el interés general de la concesión, permite que la Administración en cualquier momento rescate la concesión, por razones de conveniencia, oportunidad o mérito. Tal potestad -insistimos- está siempre presente en toda concesión pública, indistintamente de su consagración legal o contractual.

7. Las potestades exorbitantes de la Administración representan una carga que el concesionario debe soportar. Pero cuando ocasionen un daño singularizado en detrimento de la ecuación económico-financiera del contrato, serán causa de indemnización patrimonial por parte de la Administración. Ello ocurre en los supuestos de las modificaciones unilaterales del contrato, rescate de la concesión, o por el hecho del príncipe.

En los supuestos de la teoría de la imprevisión, la Administración deberá coadyuvar proporcionalmente al concesionario a soportar la mayor onerosidad en la prestación de la concesión.

8. Las concesiones de obras públicas y servicios públicos nacionales encuentran una legislación uniforme en nuestro país, a través del Decreto Presidencial con rango de Ley Orgánica.



Interesa resaltar de tal régimen, lo relativo a la selección del co-contratista, donde en principio se acudirá al procedimiento licitatorio prevista en el propio Decreto-Ley, sus reglamentos especiales y, supletoriamente, la Ley de Licitaciones. Excepcionalmente, la Administración podrá acudir al principio general, cual es la libre adjudicación.

En todo caso, no será el adjudicatario quien se desempeñe como concesionario, sino la compañía anónima que a tal fin constituya, con las limitaciones reguladas en el Decreto-Ley.

Reafirma el Decreto -Ley las principales características de la concesión, a saber, la ecuación económico-financiera del contrato y su intangibilidad, el rescate de la concesión, la reversión, las potestades administrativas que, en virtud de la concesión ostenta el co-contratista, y el carácter intuitu personae del concesionario.

10. El ordenamiento jurídico venezolano, contiene ciertas normas que regulan concesiones de servicios públicos especiales, tal y como sucede con la Ley de Aviación Civil y la Ley de Telecomunicaciones. Empero, en estos casos, se aplicará el Decreto Ley número 138 en lo que respecta al procedimiento aplicable, dejando a salvo las regulaciones sustantivas establecidas en las leyes especiales.

IV. BIBLIOGRAFIA GENERAL

BON, Pierre. "El Régimen de las Concesiones Administrativas", en "II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías". Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 1996.

BREWER-CARIAS, Allan. "Contratos Administrativos". Editorial Juridica Venezolana, 1992.

DROMI, Roberto. "Derecho Administrativo". Quinta Edición. Buenos Aires, 1996.

"Derecho Administrativo Económico". Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983.

FERNADEZ, Tomás-Ramón y GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. "Curso de derecho Administrativo". Séptima Edición. Editorial Civitas, Madrid, 1996.

GACETA FORENSE. Editorial Gráficas León, Caracas.

GARCIA-PELAYO, Manuel. "Las Transformaciones del Estado Contemporáneo", en "Obras completas". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España. 1991.

GARRIDO FALLA, Fernando. "Tratado de Derecho Administrativo". Tomo II. Editorial Tecnos, Madrid, 1992.

LARES MARTINEZ, Eloy. "Manual de Derecho Administrativo". Novena Edición. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1992.

MARIENHOFF, Miguel. "Tratado de Derecho Administrativo". Tomo II-A. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

PELLISE PRATS, Buenaventura y otros. "Nueva Enciclopedia Jurídica". Editorial Francisco Seix, S.A. 1989.

PIERE TAPIA, Oscar. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Editorial Pierrre Tapia.

VASQUEZ F, Gladys. "La Concesión administrativa de servicio público. Derecho Español y Colombiano". Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá. 1991.

REGIME DAS PRIVATIZAÇÕES



REGIME DAS PRIVATIZAÇÕES

Pedro Paulo de Almeida Dutra
Professor Titular de Direito Administrativo de
Faculdade de Direito da Universidade Federal de
Minas Gerais - Brasil

Privatização é um tema de interesse universal, aparecendo na grande maioria dos países como o tema de debates e de realizações governamentais.

Ele convoca a atenção de Governos, de Parlamentos, de Universidades, do Empresariado, enfim, de toda a sociedade.

A privatização é a expressão maior do consenso de que é necessário redefinir o papel exercido pelo Estado, como agente operador na área econômica.

No amplo debate em torno da modernização do Estado Brasileiro e das reformas estruturais a privatização aparece como um dos temas mais polêmicos.

A desestatização, termo mais amplo, é considerado por muitos como uma das chaves do processo de modernização. Tem-se generalizado a idéia de que o grande desafio que se coloca para os governos nos anos 90 o, particularmente para o Brasil, onde a crise é grave, é a reforma ou reconstrução do Estado.

Na América Latina, a Argentina saiu à frente para reverter, ou pelo menos tentar reverter, uma situação que Roberto Dromi descreveu da forma seguinte, no livro que, a quatro mãos, escreveu com o Presidente Carlos Menem:

“Los Argentinos no tememos hoy ni un país, ni un Estado que satisfaga nuestras expectativas. Volvemos a enfrentarnos con un país “por hacer”, y con un Estado por “rehacer”.

La crisis ha afectado, coyuntual y estructuralmente, a los sectores social, cultural y económico. El déficit doblega gran parte de la industria y obliga al cierre de la fábricas, al apagado de la chimeneas y a la desocupación.

Aumenta la especulación financiera. El interés por el interés se transforma en el más privilegiado interés.

Las prioridades nacionales son el plazo fijo, la renta automática y la inversión sin riesgo. En suma, es el déficit del sistema”.

(...)

“Así, el déficit no es sólo una triste realidad económica. Es también una degradación en la calidad de vida. Es generador de una caída moral sin precedentes. Es creador de corruptelas y corrupciones, de fracasos y frustraciones, es el déficit nacional, el signo de la Nación carenciada”.

A esperança do País vizinho e amigo é a de que “la Transformación Nacional hará posible que el interés nacional prevalezca sobre los privilegios de propios o extraños, la justicia social sobre el desamparo de los más débiles, la competencia sobre los monopolios, la producción y el trabajo sobre la especulación, la solidaridad sobre la indiferencia, la apertura al mundo sobre el aislamiento internacional.

La Transformación Nacional es la nueva bandera que reúne y anima a los argentinos que vivimos en los Umbrales del siglo XXI” (“Reforma del Estado y Transformación Nacional” - Carlos Menen- Roberto Dromi, pgs. 9- 12).

Face à avalanche de estudos sobre privatização, em todo o mundo, a literatura especializada sobre o tema se enriqueceu, nos últimos ano, de forma extraordinária, em qualidade.

Se, por um lado, esse fortalecimento da elaboração doutrinária é um dado altamente positivo; por outro, até certo ponto, não deixa de ser inquietante, na medida em que, tão variadas são essas contribuições e diversas as suas fontes, que o tema não se apresenta com a unidade conceitual desejável.

É indubitoso que o tema comporta uma análise pluridisciplinar.

Com efeito, a idéia de privatização tem raízes profundas na economia.

No plano jurídico coloca-se como um dos temas de maior importância e atualidade. Também não é estranho à Ciência da Administração- “Science



Administrative” na medida em que opera como instrumento de modernização do aparelho administrativo.

Consciente de sua magnitude e complexidade, proponho-me a examiná-lo, eliminando, de início, qualquer pretensão de tratá-lo do ponto de vista econômico.

Também não tenho a ambição de cogitar de todos os seus elementos, o que ultrapassaria em muito os limites que devem ser observados em exposições como a presente.

Finalmente, reconheço que qualquer dissertação sobre o tema se valoriza, sobremaneira, com a descrição das experiências de privatização ocorridas em outros países. É certamente por esta razão que os autores, normalmente, resistem à idéia de não lhes dedicar capítulos especiais em suas exposições. Há o justo receio de, assim agindo, estar-se sonegando valiosas informações, que poderiam ser de utilidade a outros países, cujo estágio de privatização, ainda não estivesse tão avançado.

Na presente exposição, opto por valorizar essas experiências, mas o faço, partindo de alguns tópicos do tema, que considero de especial relevância, e que, paradoxalmente, não tem merecido dos países em via de desenvolvimento a mesma atenção que lhes dedicam os países modelos de privatização.

Estou certo de que subsídios valiosos poderão ser oferecidos pelos eminentes juristas presentes nestas Jornadas, no sentido de afastar as amissões e contornar as dificuldades, que se evidenciarem, o que reverterá em proveito da concepção de um processo de privatização depurado de contradições, incoerências, falhas e ilegalidades, e que seja capaz de alicerçar o progresso econômico e social dos países desenvolvidos e dos que lutam pelo seu desenvolvimento.

A presente exposição repousa sobre a convicção metodológica de base que um exame preliminar dos conceitos é indispensável para que se obtenha um mínimo de unidade conceitual, o que evitará desencontros doutrinários, que retardam e dificultam a consolidação do processo de privatização, em qualquer parte do mundo.

I.
A QUESTÃO CONCEITUAL

O conceito de privatização está mais afeto às Ciências Econômicas, à Ciência Política, à Ciência de Administração do que propriamente ao Direito.

É exatamente essa sua natureza inter-disciplinar, que explica e justifica a coexistência de formas diferentes de apreciar a privatização.

O objetivo de definir privatização é o de uniformizar seu entendimento. E a doutrina, com certa insistência, testemunha a dificuldade que existe, quando se trata de adotar uma definição de privatização.

Opera, também, como um fator a mais a imprecisão do termo, o fato de vir o mesmo frequentemente associado à desregulação, desmonopolização e à venda de ações de empresas estatais ao setor privado (desnacionalização ou desestatização). Para clarear a questão, também esses termos deverão ser objeto de breves considerações.

Jhon Donahue, citado por Alvaro Tafur Galvis, expressa: “Privatización no es sólo un término poco elegante; es así mismo lamentablemente impreciso. Puede significar algo tan amplio como la restricción del bienestar social, como una simultánea promoción de la autoayuda y del voluntarismo, o algo tan limitado como el sustituir un equipo de empleados públicos por uno poco menos que idéntico de trabajadores privados para llevar a cabo una determinada tarea. Una de las principales fuentes de confusión proviene de la diferencia entre lo que significa privatización en Estados Unidos y en la mayor parte del mundo.

En otros países, privatizar ha consistido fundamentalmente en vender parte de un abundante stock de bienes públicos”.

Y acota que “en síntesis, la mayoría de las actividades que tienden a funcionar en el sector público, como tristemente tuvieron tanto los países industrializados como los del tercer mundo durante las décadas de posguerra, en Estados Unidos se mantuvieron dentro del sector privado desde el comienzo. De la misma manera, mientras los demás países analizaban o buscaban su propio modelo de privatización -entendida como



el cortar los nexos gubernamentales con diversos sectores de la economía comercial- en los Estados Unidos la privatización tenía un significado muy diferente. Más allá de un número estrictamente limitado de ventas de activos, privatizar significaba (y aún significa) reclutar energías privadas para mejorar el funcionamiento de tareas que, en cierto sentido, seguirían siendo públicas” (Cf. Jhon Donahue, “La decisión de privatizar. Fines públicos y medios privados - Barcelona, Paidós, 1991, p.296, citado por Alvaro Tafur Galvis, en La Constitución de 1991 y la Modernización del Estado Colombiano”).

No mesmo sentido, observa Jorge A. Aja Espil em prólogo á obra de Juan Carlos Cassagne: “a chamada privatização era, até pouco tempo, uma daquelas palavras exóticas que os dicionários se omitiam de incluir. Apenas recentemente, em começos da década de 80, as novas edições dos léxicos norte-americanos começam a dar conta de sua definição: ‘popular e ambaracoso jargão destinado a desembaraçar u Estado de funções próprias do setor privado’. Está claro que o conceito de privatização importava em redefinir o âmbito próprio do Estado, mudar suas antigas por novas fonteiras, mediante uma revitalização das liberdades económicas dos individuos” (In Prólogo ao livro de Juan Carlos Cassagne, La Intervención administrativa. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, citado por María Sylvia Zanella Di Pietro, Parceiras na Administração Pública, Pg. 11).

Há precisamente trinta anos que o verbo “privatizar” e seu substantivo “privatização”, derivados do inglês private, entraram na lingua francesa.

A edição de 1966 do Dictionnaire Robert em seis volumes ignora estas duas palavras. Elas só viriam a aparecer na edição ampliada de 1985 (9 volumes) que menciona a data de 1960 para a criação do verbo “privatizar” e a de 1965 para o substantivo “privatização” (Cf. Fabrice Dion e Catherine Kessedjian, Les Privatisations en France, La Documentation Française, Paris, 1995).

PETT ROBERT - Dictionnaire de la Lange Francaise registra: “Privatiser, Confier au secteur privé une activité relevant jusqu’alors du secteur public. Privatiser une entreprise; Ant. Etatiser, nationaliser.

Privatisation Action de privatiser, son résultat. (V. pag. 1532)

Armand BIZAGUET ensina que “Le terme ‘privatiser’ au sens large traduit l’idée d’un certain dégagement de l’Etat dont, selon les thèses néo-liberales, le trop grand dirigisme freine, consciemment ou inconsciemment, l’initiative et perturbe les lois du marché.

Au sens strict, il définit le transfert au secteur privé de la propriété des entreprises dont les Pouvoirs publics (Etat ou autres collectivités) possèdent la totalité ou partie du capital.

La privatisation est, en ce sens, plus large que la “dénationalisation”, chargée d’idéologie politique et qui s’oppose au concept préalable de “nationalisation”. Elle n’est pas non plus synonyme de la “déréglementation”, encore qu’elle puisse, le cas échéant, entraîner l’abandon de monopoles publics traditionnels (British Gas Corporation, British Telecom, etc.); ni de la “désétatisation” qui peut se traduire, le cas échéant, par un transfert du pouvoir de l’Etat entre les mains de collectivités décentralisées. Elle est également très différente d’une politique de simple application aux entreprises publiques en dehors de tout transfert de la propriété, de règles de gestion (comptabilité, gestion financière, statut des personnels de type privé”. (Cf. Armand Bizaguet, *Le Secteur Public et les privatisations*, Presses Universitaires de France, pags. 65/66).

M. Bizaguet a propósito da “désétatisation”, em que há uma transferência de poder do Estado nas mãos de coletividades descentralizadas, conta o que ocorreu em relação a duas empresas públicas gregas, que colocadas a venda em 1987 foram adquiridas pelo “Office de Restructuration Industrielle e pela “Ville de Patras”.

Discorrendo sobre o conceito de privatização diz Alvaro Tafur Galvis que:

“Doctrinariamente parece existir coincidencia en cuanto a que el concepto de privatización de manera general permite identificar una práctica mediante la cual el sector público cede a la iniciativa privada una serie de recursos productivos para que esta última lleve a cabo su explotación con una mayor eficiencia y racionalidad de modo que el conjunto de la sociedad resulte beneficiada”.

E conclui:

“Evidentemente, la privatización no encierra un concepto unívoco; por el contrario, recubre un conjunto de fenómenos que abarcan desde la desregularización o desmonopolización de ciertos sectores de la economía, hasta la efectiva



“desnacionalización” o desmonopolización de ciertos sectores de la economía, hasta la efectiva “desnacionalización” o transferencia de propiedad de activos del Estado y las entidades públicas a particulares, pasando por la introducción de mecanismos y procedimientos de gestión privada en el marco de las empresas y demás entidades públicas, la promoción de la prestación y gestión de servicios públicos por los particulares y el abandono de actividades por el Estado.

Ahora bien, en los distintos países la noción de privatización se emplea de ordinario con dos significados : uno amplio, conforme al cual la privatización sería “una técnica o conjunto de técnicas económicas dirigidas a disminuir la intervención del Estado y del resto de los poderes públicos en la vida económica” y uno estricto o restrictivo, que entiende por tal “sólo las transferencias de propiedad pública al sector privado”. (Cf ob.cit. pags. 185/6)

No direito brasileiro a idéia de privatização, tomada no seu sentido amplo, abrange todas as medidas adotadas com o objetivo de reduzir a presença do Estado o compreendem :

a. a desestatização que tem por finalidade encerrar ou fazer encerrar atividades econômicas, exploradas pelo setor público ou transferir para o setor privado serviços públicos federais que possam ser executados, indiretamente, mediante concessão, permissão ou autorização.

b. a desregulamentação, que tem por objetivo estimular mecanismos competitivos de mercado, mediante liberalização de atividade econômica, que haverá de se traduzir por expressiva redução da regulamentação aplicável à atividades econômica.

c. a desmonopolização de atividades econômicas.

d. a concessão de Serviços públicos, como a devolução da qualidade de concessionário a empresa privada e não mais a empresas estatais.

f. a terceirização, mediante a qual a Administração Pública busca a parceira com o setor privado para a realização de suas atividades.

Todo esse movimento de redefinição da função do Estado moderno, que preconiza drástica redução de sua presença no domínio econômico e uma revisão detida da conveniência não de sua atuação mesmo em outros setores, e que em sentido amplo compreende a idéia de privatização e um

fenômeno relativamente recente o de abrangência universal. As ações ou projetos de privatização envolvem mais de uma centena de países, que, desde 1985, se envolveram no esforço de modernização de suas estruturas governamentais. Movimento que se entendeu tanto aos países industrializados como aos países do Terceiro Mundo. Sendo, ainda, de ressaltar-se a força do movimento de privatização nos países do Leste europeu.

Alguns dados estatísticos podem ilustrar a força desse movimento.

II. DATOS ESTADÍSTICOS DA PRIVATIZAÇÃO NO MUNDO

Segundo o Banco Mundial 15.000 (quinze mil) empresas públicas foram privatizadas, no mundo, de 1990, das quais dois terços (2/3) concernem a ex-RDA (República Democrática da Alemanha).

As estatísticas concernentes as privatizações em França são altamente animadoras. Segundo Michel Durupty entre novembro de 1986 e fevereiro de 1988, seja em dezesseis meses, quase a metade do programa de cinco anos previsto pela Lei de 2 de julho foi realizado. Doze grupos, representando 29 das 65 empresas figurando na lista das empresas privatizáveis foram transferidas ao setor privado: Saint Gobain, Paribas, Banque du bâtiment et des travaux publics, Banque industrielle et immobilière privée, Crédit commercial de France; Compagnie générale d'électricité, Havas, Société Générale, Suez, Matra, Compagnie générales de constructions téléphoniques et Mutualité générale de France.

As empresas públicas do setor concorrencial que se reintegraram ao setor privado empregam mais de 500.000 assalariados e representam um valor global aproximado de 120 bilhões de francos (Cf. Michel Durupty, *Les Privatisations en France*, pg. 109).

Do ponto de vista do montante dos valores financeiros concernentes as privatizações, alguns desses valores são suficientes para dar uma imagem do fenômeno.



O total mundial acumulado de todas as operações de privatização se elevou a 328 bilhões de dólares durante o período de 1985-1992. Na Europa Ocidental, estima-se em 100/150 bilhões de dólares os ativos que deveriam passar ao setor privado antes do fim de século. (Cf. Les Privatisations en France, coordination Fabrice Dion, La Documentation Française, économie, pg. 8).

III. RAZÕES DAS PRIVATIZAÇÕES

Várias são as razões apresentadas pelos governos para justificar as privatizações.

Se considerarmos os países de América Latina há, certamente, unanimidade em apontar as pressões orçamentárias como a primeira dessas razões. De fato, o elevado índice de endividamento desses países os obriga a desenvolver esforços no sentido de conseguir uma redução do déficit público. Ora, as privatizações de empresas públicas são a melhor fonte para a obtenção desses recursos financeiros. Aplicando-se os recursos assim obtidos na redução do déficit público, têm os governos alguma chance de fazer investimentos em outros projetos de interesse social.

Com o advento da idéia de globalização, da reunião dos países em blocos econômicos, passou a ser crescente para as empresas a necessidade de grandes investimentos financeiros, que lhes permitam tornar-se mais competitivas e mais capazes de absorver os avanços tecnológicos que lhes são pertinentes. Oportuno será lembrar a insistência com que o Presidente Mitterrand na França, nos últimos anos de seu mandato, referia-se como uma das prioridades do seu Governo desenvolver e incrementar a pesquisa tecnológica, que considerava a via obrigatória para o fortalecimento das empresas francesas.

No contexto mundial que vai se delineando nesta segunda metade do século XX, em que pontificam os fenômenos de mundialização das trocas e mundialização da concorrência difícil tem sido para a empresa pública, em razão do seu regime jurídico especial ombrear-se com as empresas privadas, em suas múltiplas formas de atuação empresarial.

No plano ideológico, a privatização aparece como o primeiro requisito para se dar concreção a uma concepção restritiva do papel do Estado. Sua retirada do domínio econômico, além de fortalecer a iniciativa privada, abre ao Estado outras vias de atuação mais afinadas com os interesses da coletividade, principalmente, a partir de uma atuação mais eficiente no campo social.

Sustentam, ainda, os teóricos da privatização existir uma razão de ordem política a sustentá-la. Privatizar seria democratizar a economia. Os pequenos investidores viriam a formar o novo cidadão que teria condição de participar desses novos núcleos de poder, que seriam as empresas.

Buscar identificar as razões que influenciam os programas de privatização é, sem dúvida, positivo, na medida em que tal conhecimento permite conhecer seus objetivos o alcance que se lhes pretende dar.

Entretanto, para que se tenha da questão uma visão mais profunda, é preciso voltar um pouco no passado e indagar sobre as razões que determinaram a criação das empresas públicas. Ver-se-á, então, que há diferenças marcáveis entre um país e outro, no que concerne ao surgimento dessas empresas: algumas são produto de movimentos de nacionalização, outras foram sendo criadas, uma a uma, com motivações as mais diversas.

É claro que uma avaliação correta dos efeitos das privatizações realizadas deverá, necessariamente, de levar em consideração as diferenças acima referidas.

Antes de cogitar de outros aspectos de interesse da privatização será útil evidenciar o que Fabrice Dion identificou como as etapas da privatização.

O marco inicial seria o Programa Chileno de 1974, quando foram restituídas ao setor privado as empresas que tinham sido nacionalizadas no Governo Allende. Na base deste movimento inicial de privatização razões de ordem ideológica e política, sem, contudo, ter-se tido o propósito de iniciar um processo que iria se disseminar por vários países, em todo o mundo.



A segunda etapa se desenvolve na Europa Ocidental, mais exatamente na Gra-Bretanha, graças à visão, ao descortínio e a ousadia de Margareth Thatcher. Por sua inspiração e liderança, desde o fim dos anos 70 (setenta), o Governo britânico decide modificar, em profundidade, os princípios fundadores da economia do País procedendo a desnacionalização das empresas públicas, que se fez acompanhar de um processo de desengajamento do Estado de certas atividades que tradicionalmente lhe eram atribuídas.

Ainda que cronologicamente não tenha sido este o primeiro movimento organizado de privatização, o certo é que pela sua repercussão e pela profundidade da mudança operada e, na Grã-Bretanha, que efetivamente o fenômeno da privatização se revela ao mundo, causando perplexidades, polêmicas, e entusiastas adeptos.

A terceira etapa, iria alcançar vários outros países da Europa Ocidental, que ao Programa de Privatização aderiram, sob a modelização da ideologia “Tatcheriana”.

Em França, o Programa de Privatização, começa com a alternância política, com o retorno da direita ao poder, em 1986, em razão das eleições legislativas.

Europa Central o Oriental - a privatização é o resultado da queda dos regimes que sustentavam uma economia do Estado e da liberação dos mercados, que se seguiu.

Na África, na América Latina e na Ásia, a privatização é, no mais das vezes, influenciada pelos planos estruturais de ajuste impostos pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial.

É indubitável que, na América Latina, a Argentina é o país que mais avançou na realização de privatizações, constituindo, por paradoxal que seja, o melhor campo de análise sobre os benefícios que efetivamente trazem aos países em via de desenvolvimento os movimentos de privatizações.

Quanto à América do Norte, o fenômeno existe mas em escala bem menor, uma vez que estas economias foram sempre mais amplamente enraizadas no setor privado (Cf. Fabrice Dion, ob. cit. pg. 8).

**IV.
REGÍME JURÍDICO DAS PRIVATIZAÇÕES**

Não há como isolar um conjunto determinado de normas legais, que se possa identificar como compondo o *regime jurídico* aplicável às privatizações, de modo geral.

Primeiro, porque não há uniformidade de regime jurídico incidente sobre as empresas públicas, nos diversos países. Em alguns, além das normas legais que as regem, submetem-se elas, também, a normas constitucionais. Consequentemente, a transferência dos ativos dessas empresas ao setor privado haverá de ser largamente influenciado pelas normas constitucionais e infra constitucionais incidentes sobre essas empresas.

Cabe registrar, em segundo lugar, que o próprio conceito de empresas públicas, nos diversos países, apresenta remarcáveis diferenças. Esse será, então, um dado que, necessariamente, terá de ser levado em consideração, quando essas empresas forem objeto de privatização.

Finalmente, entre as próprias empresas, de um mesmo país, importante distinção costuma ser feita entre as que integram o setor concorrencial (denominação adotada na França) ou empresas exploradoras de atividade econômica (classificação preferida no Brasil) e as empresas prestadoras de serviço público. Essa distinção é essencial, e tem influência decisiva nos rumos da privatização.

Apesar do que vem de ser exposto, duas questões pertinentes ao regime jurídico das privatizações podem, entre outras, serem objeto de breves considerações.

A primeira se refere à necessidade de *lei* autorizativa da privatização.

De modo geral essa é uma exigência, ao que me consta, se não comum a todos os países, o é, certamente na grande maioria deles.

A questão que efetivamente desporta maiores questionamentos, pelo menos, em alguns países, é a necessidade ou não de que essa lei seja específica para cada privatização.



O que a prática tem revelado é que a regra geral é a de uma só lei, contendo a lista das empresas privatizáveis. É o procedimento adotado na França e no Brasil. Ora, na lista referida estão embutidas tantas autorizações legais para a privatização, quantas são as empresas que as integram. Estas estão, pois, autorizadas legalmente a serem privatizadas.

Esse não é, no entanto, no Brasil, um procedimento que tem unânime aceitação da doutrina brasileira. Pelo contrário, autorizados juristas pátrios, como o Prof. Carlos Ayres de Brito, têm sustentado em Congressos listas de Direito Administrativo a inconstitucionalidade dessas leis que contêm listas de empresas destinadas à privatização. Argumentam que a adoção desse procedimento contraria o princípio do paralelismo de formas, já que a Constituição da República do Brasil exige lei específica para a criação de empresas estatais (Cf. art. 37, inc. XIX).

Apesar dos reparos da doutrina as privatizações continuam sendo feitas, a partir das listas referidas, e, como não houve, até a presente data, qualquer arguição de inconstitucionalidade perante os Tribunais, a questão não passa de uma certa manifestação de inconformismo de parte importante da doutrina brasileira.

Alberga a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, disposição expressa que prevê: "A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade" (Cf. Art. 173, 3º). Ora, é indubitável que esta disposição constitui alicerce seguro para que cada privatização fosse objeto de uma lei -formal e material- e específica, de modo a democratizar a discussão sobre a conveniência ao não da transferência de certas empresas públicas ao setor privado.

A segunda questão diz respeito aos mecanismos adotados por alguns países industrializados, ou de Primeiro Mundo, de proteção aos interesses nacionais, no quadro das privatizações. São exemplos expressivos os casos da Grã-Bretanha e da França.

É importante ressaltar que são justamente esses países que, aos olhos dos outros, são vistos como os modelos principais de privatização.

Na América Latina, alguns dados merecem detida reflexão. Na Argentina, 60% (sessenta por cento) dos capitais participantes das privatizações são

estrangeiros, enquanto 40% (quarenta por cento) são argentinos. Participam do processo empresas de 22 (vinte e dois) países diferentes. As empresas de três (3) países (Argentina, Estados Unidos e Espanha) são responsáveis por 70% (setenta por cento) dos capitais investidos, o que poderá chegar a 90% (noventa por cento) do capital investido se se considerar as participações em investimentos também do Chile, Itália e França.

Finalmente, cabe, ainda, considerar, que do total investido por países estrangeiros, na Argentina, 73% (setenta e três por cento) correspondem a 4 (quatro) países: Estados Unidos (27%), Espanha (21%), Chile (13%) e Itália (12%).

Relativamente à distinção feita retro entre empresas do setor comercial e prestadoras de serviço, é de assinalar-se que há um consenso de que as primeiras devem ser privatizadas, preconizando-se, assim, um desengajamento do Estado em relação às mesmas. Na França, as Leis de 2 de julho e de 6 de agosto de 1986 disciplinam, neste sentido, a privatização das empresas do setor concorrencial dos

Já no que concerne às empresas prestadoras de serviço público a questão já é bem mais delicada. No Brasil estas empresas não poderão ser privatizadas, enquanto exercerem atividades monopolizadas. A perspectiva é, no entanto, a de que esses monopólios venham ser, gradativamente, extintos, com a reforma constitucional que está em marcha no País.

Na França, o Conselho Constitucional manifestou-se pela impossibilidade de privatizar os Serviços públicos nacionais *stricto sensu*.

Especificamente, quanto aos mecanismos de proteção aos interesses nacionais merecem referência o sistema da *golden share* dos ingleses e a *action spécifique* do sistema francês de privatização.

O sistema britânico da “*golden share*” compreende um mecanismo de controle da composição do conselho de administração, de limitação de participações a 50%, 15% ou 10% conforme o caso; de preservar os ativos da sociedade e de assegurar confortável participação no Conselho de Administração da sociedade.



A “Golden Share” é um título de participação privilegiado, que, de certa forma, define as relações entre o Governo e a sociedade privatizada. É interessante notar que esses títulos estão regulados nos estatutos da sociedade e não na lei de privatização. Confere ao Estado, na qualidade de acionista, um direito de veto sobre toda aquisição, além de um percentual determinado.

Na França, “l’acatcio d’or” só foi utilizada em três privatizações: da Elf-Aquitaine (privatização parcial), da Agência Havas e de Matra.

A opção francesa foi para a constituição do chamado “Grupo de Acionistas Estáveis” - (Groupe des actionnaires stable-GAS) - ou, simplesmente “noyaux durs”.

O objetivo da constituição do grupo referido é o de assegurar a estabilidade do capital no quadro da privatização.

Evidente está a preocupação do Governo francês de mantendo um certo controle da sociedade privatizada evitar que a mesma passasse ao controle de grupos estrangeiros. Havia também o interesse de evitar uma pulverização do corpo de acionistas, o que poderia prejudicar o exercício do poder no seio da sociedade privatizada.

Mais evidente se afigura, ainda, que a aplicação de uma lógica estritamente liberal não autorizaria o Estado a atuar com tamanhos poderes relativamente à composição do corpo de acionistas das empresas privatizadas.

Na Alemanha, o Estado mantém uma minoria de controle da empresa privatizada.

Na Itália, o Estado conserva o controle absoluto das filiais estratégicas, e abre mão do controle das filiais não estratégicas.

Na Espanha, o Estado costuma conservar o controle no caso de uma privatização parcial, podendo ocorrer, também, a cessão parcial do controle no caso de operações realizadas nas Bolsas de Valores.

Ao que me consta, os países da América Latina, não têm se mostrado tão cautelosos na defesa dos seus interesses. As privatizações tem sido abertas ao capital estrangeiro, sem limitações de importância.

O que causa espêcie è que os países modelos de privatização, em especial a Grã Bretanha e França, adotam esses mecanismos de defesa e deles se utilizam, como regularidade, enquanto os países que nesses modelos se inspiraram, não incorporaram esses mecanismos nos seus processos de privatização. Seria preciso explicar, poque não o fizeram.

Cofnorme visto retro uma das razões da privatização seria a democratização da economia. Estar-se-ia criando um novo tipo de cidadão, aquele que, em razão de sua condição de acionista, viria ocupar seu lugar no novo espaço de poder, que seriam essa empresas. A realidade, no entanto, tem se revelado diferente. No Brasil, por exemplo, as privatizações de grandes empresas do setor concorrencial, como nas siderúrgicas, a transferência de seus ativos tem sido realizada, via Bolsa de Valores, de que participam empresas de grande porte ou empresas em consórcio. Ora, pelo menos em relação a essas empresas, o cidadão acionista não leve, ainda, grandes chances de marcar sua presença.

A verdade è que o tema privatização abre um campo enorme à discussão de numerosas e variadas questões que lhe são pertinentes.

Algumas bastante técnicas, como è o caso da fixação dos criterios de avaliação das empresas a serem privatizadas. Quais os critérios a serem utilizados para a fixação do preço justo de venda. É a grande questão como que se debate o Governo brasileiro, no que concerne a fixação do preço da Companhia Vale do Rio Dôce. Como fazê-lo, se toda sua riqueza se encontra no sub-solo? Como avaliar a concessão de que è titular? Como avaliar o patrimônio tecnológico de outras tantas empresas?

Preocupantè è, também, a situação de países, em via de desenvolvimento, que se lançaram, até com ousadia, em movimentos de privatização. Seu setor público se reduziu drasticamente, como è o caso da Argentina. Será que sua situação econômica melhorou na proporção da diminuição do seu setor público?.

Recente relatório do Banco Mundial pela primeira vez, emite dúvidas sobre o valor de um modelo mundial de privatização, que seria bom para



todos os países. Isso reforça, em muito, convicção pessoal de que os países em via de desenvolvimento tem de analisar, a fundo, as privatizações que são, efetivamente, necessárias ao seu desenvolvimento econômico e social.

O temor de estar-se, como se diz, informalmente, na contramão da História, faz com que se calem aqueles que não são adeptos incondicionais da privatização. É difícil, senão impossível, ser-se totalmente a favor ou contra a privatização. Mas inconveniente é, também, atribuir à privatização de tudo e em todos os lugares o condão de resolver todos os problemas dos países que neste movimento se envolverem. Poder-se-á estar dando origem ao grande equívoco do fim do século XX.

A questão é complexa demais para pretender-se ilustrá-la como um simples o desprentencioso exemplo. Mas ele existe, e acontece justamente no País, que é o grande modelo para o mundo: a privatização da água, na Grã-Bretanha, não parece ter beneficiado os consumidores. O abastecimento se revelou muitas vezes deficiente. Os preços aumentaram sem que os equipamentos tivessem melhorado de modo significativo (Cf. Fabrice Dion, ob. cit. pág. 11).

O exemplo acima provoca, também, a atenção dos especialistas para o que precisa ser detidamente analisado, relativa à conveniência ou não da instituição de um adequado controle, a ser exercido sobre as empresas privatizadas. É compreensível que essa preocupação possa parecer conflitante com a lógica liberal. No entanto, essa aparente contradição pode ser contornada com a inserção, no Caderno de Encargos das empresas a serem privatizadas, de certas obrigações, a que ficariam submetidas, por um prazo determinado ou não. A preocupação ora manifestada tem a motivação de sempre, ou seja, a de que o cidadão deve ser a causa e o fim de todo esforço de aperfeiçoamento das instituições públicas, mesmo quando o Estado se desengaja do exercício de certas atividades repassando-as à iniciativa privada.

Tenho firme convicção de que lançadas algumas idéias, o tema privatização será, sobremaneira enriquecido, com os valiosos subsídios dos eminentes juristas presentes a estas Jornadas.

Sou muito grato a todos pela honrosa atenção.

**EL REGIMEN DE LAS
PRIVATIZACIONES**



EL REGIMEN DE LAS PRIVATIZACIONES

**Por Raúl Arrieta Cuevas
Profesor de la Universidad Central de Venezuela**

I. INTRODUCCION

En la década de los años ochenta la privatización ha sido el motor y el emblema de las reformas de mercado que han azotado a América Latina, y por qué no decirlo, a todo el proceso de reformas económicas de los últimos dos lustros. Sin embargo ha logrado hacerse de una mala reputación, donde su nombre llega no es visto con simpatía. En Venezuela se recela de ella y se la percibe como fuente de despidos y pobreza. Los inversionistas desconfían de ella, muchos procesos de privatización en Europa han abortado, debido a gobiernos excesivamente ambiciosos en la fijación de los precios para la venta de sus bienes, o bien, por asumir procesos no maduros en función de la urgencia de efectivo para cajas fiscales deficitarias. Ambas razones son enemigos mortales de cualquier proceso de privatización más o menos serio. También lo es la fama de corrupción que acecha a cualquier proceso de privatización en todos los países del mundo sean desarrollados o en proceso de.

En Venezuela nadie cree en las tan anunciadas privatizaciones. Todas las acciones se han intentado aisladamente, sin planificación y con muchos estertores. No hay cultura privatizadora en los entes encargados de privatizar, ni en la dirigencia política y mucho menos en la ciudadanía. El ejemplo más claro es la reciente fracasada privatización del Banco de Venezuela y, la estruendosa caída que espera a VIASA.

Para algunos, los privatizadores, los precios de venta mínimo para acudir a la subasta son los correctos, atraen inversionistas y constituyen la base sensata para estimular una buena puja por quién da más. Para los otros, los opositores, los precios base y el producto de la venta son insuficientes.

El proceso no es todo lo transparente dado desear. Finalmente, la debacle. Nadie queda satisfecho. La gran mayoría coincide en que había algo que ocultar. La amenaza de corrupción se materializa en una capa que arropa y ensombrece todo el proceso de privatización, de aquí que los primeros procesos sean exitosos. El inversionista, el pueblo huele el fracaso y nadie quiere ser perdedor. Están en su derecho.

El Congreso y el Ejecutivo se niegan a aceptar y entender que la privatización, en todas partes del mundo, ha sido el motor de las políticas macroeconómicas que ha permitido poner en marcha las economías. Se rehusa a comprender que hay otros mecanismos de venta de activos en poder del Estado distintos a la subasta pública. Ahora, por primera vez se incluye en la Ley de Privatización, la venta de paquetes accionarios propiedad del Estado en bolsa de valores. Por años se ha ignorado la experiencia universal de que existen diversas modalidades de venta de activos propiedad del Estado, y, que en muchos casos es necesario que coexistan distintos mecanismos de privatización aplicables a un mismo bien durante un periodo de tiempo más o menos prolongado. La incorporación de la venta de acciones por martillo constituye un primer paso importante en el desarrollo de un proceso más serio de privatización por parte del Estado venezolano.

La corrupción descarada, en algunos países en muchos países, es otro factor importante que ahuyenta la inversión extranjera directa del inversionista serio y permanente. Por el contrario, es un señuelo para el inversionista inescrupuloso, para el lavador de capitales. Atrae irremediablemente al insaciable, al mafioso indeseable. Recordemos las acusaciones hechas por Eduardo Valle, funcionario de inteligencia de la Secretaría de Justicia, durante el Gobierno de Salinas de Gortari, en contra de Enrique Molina Sobrino propietario de Consorcio Azucarero Escorpión y de Gemez, Grupo Embotellador de México, la que según Euromoney No 322, citando a Valle, afirma que es ampliamente conocido en México como “el único embotellador de Pepsi que distribuye ‘coke’”. Valle vive escondido en USA desde la publicación de su libro “Segundo Disparo”, una despiadada denuncia a la corrupción reinante, según su autor, en el seno del gobierno de Salinas que emponzoñó el proceso de privatización y llevó al asesinato del candidato Luis Donald Colosio.



No menos graves son las acusaciones que se hacen al Gobierno de Puerto Rico por la adjudicación de Sugar Corp. a Consorcio Azucarero Escorpión y por la venta de una compañía de navegación llamada "Naviera" a un Grupo con vínculos con las familias mafiosas Gambino y Genovese de New York. Serias son, también, las denuncias de que Bancos privatizados son utilizados para el lavado de capitales, Banpaís y Banco Cremi-Unión, ambos mexicanos.

En Francia el "droit d'entrée", es el monto, que por años se ha venido pagando, en exceso de FF 500 m., para poder firmar el contrato de concesión, por medio del cual se materializa el traspaso de la prestación del servicio público al sector privado. Esta forma de corrupción se la señala, entre otras, como causante del incremento de los precios de los servicios. Conocidas son las opiniones de Henri Lepage, asesor del ex ministro de finanzas Alain Madelin, quien acusa a los políticos regionales de ser los beneficiarios de estos pagos extras. Sin perjuicio de que estos pagos fueron prohibidos en 1995, se espera que se manifiesten en el futuro de otra manera, ya que el mal está hecho.

A pesar de esta situación hay una fuerte vuelta e insistencia en los procesos privatizadores. La creencia generalizada de que queda poco o nada por privatizar se enfrenta a los porfiados números. Si bien es cierto que pareciera que algunos países no tienen qué privatizar, de acuerdo a las estadísticas del Banco Mundial, hay otros que si tienen. Para hacer un sencillo ejercicio tomemos la participación del sector público en el GDP. En Inglaterra la participación del Sector Público en el GDP representa sólo un 1.6%, mientras que en EE-UU significa un escuálido 0.6% .

De acuerdo a las estadísticas publicadas por el Banco Mundial en Octubre de 1995, hay otros países que distan mucho de estas metas, a pesar de la tendencia apreciada en los países desarrollados de acercarse a esa pequeña participación en el GDP. Estas estadísticas muestran que en Francia el Sector Público representa, sin incluir el importante segmento de bancos y seguros, el 10% del GDP. En Austria el 13.9%, en Alemania el 6.4%, en Portugal el 14.2% . En los mercados emergentes la tendencia es una mayor participación del Sector Público en el GDP, así en Sud Africa corresponde al 13.3%, 10.2% en Corea y a un 8.4% en México.

De acuerdo a dichas cifras y estadísticas, David Roche de Independent Strategy ha pronosticado que en los próximos veinte años se venderán \$6 trillones en privatizaciones de activos del Estado, de los cuales \$3 trillones corresponden a activos pertenecientes a países de Europa del Este y China.

Es importante señalar que muchos países han encontrado en la privatización de sus activos un importante medio para aumentar sus ingresos y disminuir sus cargas, mediante el mecanismo de deshacerse de empresas no productivas o que no corresponden a la razón de ser del Estado. Es así como mediante la venta de sus activos eliminan gastos cuantiosos y obtienen un ingreso económico significativo al momento de la venta y más adelante escalonado, producto de la tributación. La liberalización y la globalización han encontrado su nicho histórico como las tendencias económicas dominantes durante los últimos veinte años que han permitido mejorar la posición económica de muchos países.

Para apreciar los beneficios de la privatización de empresas propiedad del Estado veamos dos ejemplos. En Inglaterra, desde 1979 se han traspasado al sector privado 48 grandes empresas lo que le ha significado un ingreso de \$96 billones. En 1981 las empresas propiedad del Estado le costaban a los contribuyentes L 50 millones en subsidios, hoy, las mismas empresas contribuyen con L 55 millones a la semana por concepto de impuestos.

El otro ejemplo que hemos seleccionado es Chile. País ampliamente visto como el dueño del modelo de desarrollo económico más exitoso de América Latina, que no sufrió ni siquiera la resaca del efecto Tequila de la Crisis Mexicana. Se considera que gran parte de su éxito se debe al redimensionamiento del tamaño del Estado y a la disminución notable de la participación de sus empresas en el GDP. Entre 1973 y 1991 Chile redujo en un 75% las empresas propiedad del Estado, de esta manera las empresas productivas del sector público disminuyeron, a su vez, su participación en el GDP del 39% en 1973 al 12% en 1989. Los ingresos provenientes de la privatización en 1990 significaron un 12% del GDP.

Los beneficios económicos potenciales provenientes de la privatización serán aún mayores en los países en desarrollo y en particular en Venezuela, donde salvo la industria petrolera, las empresas propiedad del Estado



han probado ser terriblemente mal administradas e inmensamente deficitarias.

De acuerdo al proyecto de investigación patrocinado por el Banco Mundial en 1992 se puede apreciar que la privatización ha producido efectos positivos en diez de los doce casos estudiados, constatándose un aumento en los beneficios permanentes anuales de un 26% en relación a la situación de la empresa antes de su privatización. La ganancia, se señala que es producto de importantes inversiones, aumento de la productividad, incremento limitado y justificado de los precios y diversificación de actividades que permiten la producción a escala. Los inversionistas, en los doce casos estudiados por el Banco Mundial, ganaron dinero y el resto de los accionistas obtuvieron utilidades. Los trabajadores no desmejoraron y los consumidores obtuvieron mejores productos. Habrá que ver si tanta maravilla es verdad.

En todo caso hay un hecho innegable que aparece en el estudio del Banco Mundial, las compañías privatizadas tienden a mostrar utilidades donde no las había y aumentarlas en todos los casos, rápido crecimiento, disminución en los costos, mejoramiento gerencial, autonomía frente a la interferencia política y gran acceso a los capitales de inversión.

II.

LA PRIVATIZACION

1. Conceptos Básicos

Privatizar implica cambiar de dueño, transferir activos del Estado al sector privado. Los Estados han buscado generar crecimiento y eliminar estructuras burocráticas obsoletas, ineficientes y extremadamente costosas, mediante la eliminación de barreras, habiendo las economías a la competitividad. Esto va unido a la eliminación progresiva de las discriminaciones aduaneras y la remoción de las restricciones de libre flujo de capitales. La liberalización de las economías y su globalización son consideradas como elementos consustanciales al desarrollo económico de los países.

En la ponencia presentada por el Prof. de Almeida Dutra quedan de manifiesto estas ideas, De acuerdo a su conceptualización la privatización tiene un doble aspecto, uno técnico destinado a disminuir la intervención del Estado, y uno estricto o restrictivo que sólo la percibe como mecanismo de transferencia de la propiedad pública al sector privado. Sin embargo, entendemos que hay un elemento común en la dogmática desarrollada. En este sentido se debe distinguir el concepto de privatización de los medios y fines perseguidos por ella.

Las definiciones que se dan de privatización son variadas y dependen de las experiencias concretas a que están atadas, ejemplo son las múltiples definiciones citadas por el Prof. de Almeida Dutra. Sin embargo, nos atrevemos a sugerir que privatizar son todas aquellas iniciativas destinadas a reemplazar la gestión estatal tradicional de organismos públicos por una gestión basada en criterios de mercado.

Si estamos de acuerdo en este concepto de privatización, hay que distinguir entre tres formas de privatización: 1) Liberalización e imposición de criterios de mercados, incluyendo incluso políticas destinadas a ampliar la relevancia del mercado en la toma de decisiones en el Estado y en sus empresas; 2) La privatización de la producción que tiene lugar cuando se entrega a contratistas privados la producción de bienes y prestación de servicios previamente provistos por el Estado o por sus instituciones; 3) La destatización que corresponde a la venta de activos públicos, en especial de empresas incluyendo las bancarias y de seguros al sector privado. En este caso nos referimos tanto a la participación de capital nacional como extranjero y al derecho a participar en las utilidades de la empresa y en la gestión de ella, del inversionista privado, cualquiera sea su participación accionaria. Sobre este particular nos referimos a la obra de Mario Marcel, Privatización y Finanzas Públicas El Caso de Chile 1985'88.

Las dos primeras alternativas serán tratadas en otras conferencias dentro de estas Jornadas, y, por ello nos referiremos al criterio seguido por el ponente y que corresponde a nuestra tercera categoría, aceptada internacionalmente como correspondiente a lo que es la privatización.



2. Los Objetivos de la Privatización

La privatización es vista en el trabajo que comentamos como una importante contribución a la solución de los problemas que afectan a las empresas propiedad del Estado. Los autores concuerdan en identificar múltiples objetivos, y siguiendo los señalados por el Prof. de Almeida Dutra coincidimos en que los objetivos más frecuentemente son:

1. Considerable mejoramiento en la eficiencia de las empresas públicas y restablecimiento de la disciplina del mercado en ciertas áreas claves;

2. Aliviar los problemas financieros del sector público mediante la disminución del peso financiero que recae sobre el gobierno y disminuir sus necesidades de crédito;

3. Ampliar la participación en la propiedad de la empresa;

4. Reestructuración del Estado.

5. Eliminar las presiones políticas en la toma de decisiones y en la administración del sector productivo y de servicio permitiendo a las empresas ser más libre en la colocación de sus recursos financieros físicos y humanos en las áreas más apropiadas.

6. Obtención de un ingresos importante en el momento de la venta del activo e ingresos permanentes y escalonados con posterioridad por concepto tributario.

Si nos atenemos a estos objetivos debemos coincidir con la mayoría de los críticas provenientes del área académica que la definición de privatización, en mucho aspectos, es compleja y nebulosa por que conlleva una fuerte carga ideológica, ya que implica una variedad de acciones destinadas a reducir el alcance, limitar las funciones y reducir el peso del sector público en la economía.

Por este motivo cuando señalábamos supra, el doble aspecto que encierra la definición de privatización, nos estábamos refiriendo a la existencia de

razones de tipo ideológico que comprende este concepto y de dónde surgen discrepancias importantes. Indudablemente cuando nos referimos al objeto de la privatización hay una definición política detrás de ello que es fundamental que el Estado la asuma. Desde el punto de vista ideológico el principal objetivo de la privatización es la reducción y limitación de la actividad del Estado en las actividades económicas, en una palabra, la reconversión del Estado. Podemos imaginar algo de contenido más político que esta concepción del Estado, que tiene sus raíces en una filosofía política determinada y en una teoría económica específica.

Veamos algunos ejemplos de lo que estamos diciendo cuando se eliminan servicios públicos que son asumidos por el sector privado. Qué sucedería si ante la ineficiencia de la fuerza de seguridad y de orden empiezan a ser sustituidas por empresas privadas de seguridad. Qué pasaría si el financiamiento público es sustituido por el privado. Indudablemente la transferencia al sector privado de servicios que eran prestados por el sector público implica que la determinación de políticas que antes eran fijadas por un sector pasan al otro. La contratación de servicios públicos por empresas privadas, las ventas de las tierras en poder del Estado (Nacional, Estatal y Municipal) a sus ocupantes, así como la transferencia de la propiedad de viviendas construidas por el Estado a los particulares, significa un nuevo concepto de Estado.

3. La Desnacionalización

Privatizar implica la revisión de la nacionalización tan en boga en Venezuela hasta nuestros días, significa revisar el interés de los gobiernos, de los partidos políticos, de los Estados y Municipios, de las Centrales de Trabajadores, de los grupos de presión e incluso de empresarios e industriales, sobre la asunción por parte del sector privado de la propiedad y explotación de estos bienes.

La propiedad de parte importante del sector productivo del Estado tiene que ser traspasada al sector privado. Implica determinar hasta dónde el Estado debe involucrarse en los procesos productivos. En Venezuela toda la industria pesada ha estado en manos del Estado: Petróleo, C.V.G., C.A.D.A. F.E. y sus empresas distribuidoras. También participa en Bancos, Seguros, hoteles, hasta llegar a los sectores más increíbles.



Hay sectores significativos de la vida nacional que cuestionan la privatización de las industrias básicas del Estado: acero, energía, apertura petrolera, así como actividades de distribución de bienes, de prestación de servicios, incluyendo la administración de puertos, ignorándose la necesidad de traspasar al sector privado empresas y actividades que se encuentran mal ubicadas en el Estado.

El Banco Mundial calcula que los países en desarrollo invierten doscientos billones de dólares al año en infraestructura, lo que representa el sesenta por ciento (60%) del total de inversión pública. Por otra parte, los subsidios se han desvirtuado en términos que distorsionan la provisión de recursos e igualmente, el fracaso en la aplicación de tarifas en los servicios de energía, agua y transporte imponen otros ciento veinte billones de dólares en carga al Estado.

En síntesis el objetivo más importante de la privatización y quizás el motivo ideológico más importante es reducir el alcance de la actividad económica del Estado. Hay, también, una razón práctica en la reducción de esta actividad económica del Estado como es impedir la pérdida de recursos mediante la alocación de esas empresas en un sector más eficiente y rentable.

El argumento económico para sostener la necesidad de propiedad privada descansa en el supuesto de que la búsqueda de utilidad por los propietarios del capital va a resultar en una mayor eficiencia debido a la atención con que siguen la demanda el consumidor, los cambios tecnológicos y la disminución de los costos de producción. Una producción más eficiente implica que toda la sociedad se beneficie al liberarse recursos para producir más bienes.

4. Reevaluación del Sector Público

Las consideraciones anteriores implican el replanteamiento del rol del Estado en los términos que hemos venido comentando. El pensamiento económico de los años setenta inició la crítica al intervencionismo del Estado; los distintos hechos que golpearon duramente a las economías nacionales llegaron a estimar que el crecimiento estaba estancado para siempre. Si a esto se agrega el mal rendimiento de las industrias propie-

dad del Estado y la ineficiencia del Sector Público, tenemos los fundamentos materiales de las concepciones políticas y económicas que empezaron a mover al Estado hacia el liberalismo.

En economías en recesión el problema se agrava y la tendencia de todo Estado es aumentar la tributación, mantener altos niveles de inflación y una deuda pública impaga. Esta situación, necesariamente, lleva a una revisión del rol del Estado, que muestra lo errado de las concepciones en favor del mantenimiento de la nacionalización de determinadas industrias que se considera necesario controlar por su naturaleza monopólica o estratégica. Los cambios industriales y la necesidad de inversión acompañados por los desarrollos tecnológicos prueban que la privatización en nada perjudica al Estado, sino por el contrario le permite alocar sus recursos con mayor eficiencia.

El concepto de empresa estratégica ha sido minimizado por el rol que juegan las empresas privadas en países desarrollados. Lo podemos apreciar en sectores que hasta hace pocos años eran impensables que estuvieran en manos privadas, nos referimos a la industria aeroespacial, de telecomunicaciones, de servicios públicos, entre otras.

Durante los años en que previó el nacionalismo y la protección de la actividad económica del Estado, la nacionalización de empresa de telecomunicaciones, gas, electricidad y agua se justificó en la creencia de que el bajo costo en las tarifas sólo era posible lograrlo si una sola empresa prestaba el servicio. Las innovaciones tecnológicas acompañadas de las necesidades de inversión, echaron por tierra estos argumentos al transformar la naturaleza monopólica de muchas industrias de productos únicos, en complejos de multiproductos producidos en industrias de multiservicios.

La situación en que se encuentra la industria del Estado y la insuficiencia de ingresos ha servido de estímulo, en muchos países y esperamos que en Venezuela también, para embarcarse en ambiciosos proyectos de privatización. Los factores que más han estimulado este movimiento los podemos sintetizar así:

1. Necesidad de ajustar los presupuestos nacionales, afectándose directamente la cantidad de recursos destinados a la prestación de servi-



cios públicos que cada vez se hace menos escaso, con la consecuente disminución de empleos con menor salario.

2. La desregulación del mercado, lo que comprende el desmantelamiento de los controles tradicionales, la reducción de la formalidad administrativa y la simplificación de procedimientos.

3. La incorporación de competencias efectivas y el rompimiento de los mercados monopólicos o dominantes para promover y facilitar la competencia y el acceso a él..

4. Modernización de los mercados financieros y la innovación de sus productos financieros ayudan al crecimiento, se cumpla con los requisitos de transparencia de los créditos y el aumento en su eficiencia.

Necesidades de reformas políticas y sociales asociadas con las políticas del liberalismo económico así como el afianzamiento de los procesos de descentralización con transferencia de atribuciones a las autoridades elegidas localmente.

5. Privatización y Liberalización

La privatización como transferencia de la propiedad y la liberalización o desregulación implica la apertura del mercado a las fuerzas competitivas y son conceptos distintos pero asociados. Son elementos que concurren también a la inserción de las economías nacionales en las de otros países en un proceso de globalización.

La propiedad de empresas por parte del Estado no necesariamente implica un monopolio y la competencia no siempre mejora la productividad de las empresas privadas. La desregulación del mercado o la liberalización de la economía puede generar un mejoramiento sustancial en la productividad de las empresas del sector público, sin que se produzca transferencia alguna de la propiedad, ya que si esas empresas operan normalmente en mercados muy protegidos o regulados el aumento de la competencia va a generar sus propios beneficios. Igualmente la privatización mediante la venta de activos que no está acompañada de una liberaliza-

ción no necesariamente producirá beneficios, si la protección permanece frente a la competencia a pesar de que se las libere de la conducción y dirección política del Estado.

La eficiencia del mercado y la lógica de las políticas de privatización de los gobiernos deben enfatizar la necesidad de que las fuerzas competitivas deben ser estimuladas para que la privatización vaya acompañada de medidas importantes de liberalización. Nada sacaremos en Venezuela con privatizar determinados activos si no va acompañado de una política de liberalización o desregulación de la economía. La venta parcial de las acciones de VIASA y de CANTV así como la venta de AEROPostal y los fracasos de la privatización del BANCO REPUBLICA e ITALO son muestras de los errores cometidos de acuerdo a lo que hemos venido señalando y que deben corregirse en los próximos procesos de privatización.

6. Las Oportunidades para Privatizar

Los países para desarrollar sus programa de privatización deben hacerlo no sólo de acuerdo a las necesidades financieras del gobierno, sino que deben tomar en consideración, también, las oportunidades del mercado y las limitaciones que pueda haber en algún momento. El tamaño del sector público claramente determina su potencial último para su privatización, y en ello intervienen factores políticos que como veremos más adelante modifican la oportunidad, el paso y la voluntad privatizadora. Si no hay voluntad política y consciencia de las ventajas de la privatización nunca dará el resultado o producirá los beneficios que se buscan.

La privatización en Venezuela no se ha podido llevar a cabo como se planeó ya que , además, de los factores que señalamos por la forma en que el sector público está estructurado. Las empresas del Estado están manejadas por Holding Industriales llámese PDVSA, CVG, CADAPE, INOS.

En estas complicadas circunstancias es necesario analizar a la compañía Holding para determinar qué es lo que tiene y cuáles son las oportunidades y el método que se debe seguir para su privatización. Esto no implica que no se deba privatizar, sino que el proceso es más delicado y debe ser mucho más transparente, ya que hay casos en que las compañías de las



Holdings tienen a su vez otras empresas y éstas otras; o bien, puede suceder que el Estado tenga participación accionaria en empresas de segundo grado a través de empresas en las cuales no posee el cien por ciento del capital accionario.

En el caso de Venezuela las compañías Holding y las poseídas indirectamente tienen necesariamente que filtrar sus políticas a través de una reestructuración gerencial y reconversión industrial.

La experiencia en otros países nos muestra que el debate sobre privatización de los años ochenta se centró en dos aspectos fundamentales, a los que hemos hecho referencia ya. Primero, sobre los méritos de la redemarcación de los límites de la participación del Estado en mercados económicos internacionales cada vez más competitivos. En segundo, lugar se planteó, fundamentalmente, la necesidad de implementar cambios estructurales que se necesitaban para facilitar los ajustes necesarios de los sectores que se encontraban en poder del Estado, para poderse insertar en esos mercados internacionales altamente competitivos. Este es el desafío que quince años más tarde y con un enorme retraso enfrenta a Venezuela con un mundo ya globalizado. Ojalá aprendamos algo de las experiencias ya recorridas por tantos otros países y sea más fácil nuestra modernización e inserción en los mercados mundiales.

7. Los Factores Políticos en la Privatización

En todos aquellos países, principalmente europeos, en que el sector público es políticamente importante, los partidos políticos han utilizado las empresas del Estado como instrumentos del patronaje. Los programas de privatización asumen distintas formas de acuerdo a los distintos factores políticos. Hay sectores que son considerados vitales y por consiguiente, no sujetos a privatización. Los sectores de la industria aeroespaciales y de energía en Francia, por ejemplo, no fueron privatizado en los años ochenta porque la industria aeroespacial era concebida como vital para el País y la industria Petrolera estaba muy vinculada a la política francesa en el Africa.

Aún se debate en muchos países si hay ciertos sectores que deben ser considerados constitucionalmente inalienables: Impuesto, Prisión y De-

fensa. Límites y protecciones Constitucionales a la privatización se han impuesto en muchos países. En Francia los monopolios del Estado están constitucionalmente protegidos y aún no se solventa el problema de su venta al sector privado, a pesar de los muchos estudios que se han realizado.

En Alemania sucede algo parecido, donde la Ley protege los monopolios públicos. La privatización de los ferrocarriles y de los servicios postales necesitó contar con dos tercios de los votos favorable en el Bundestag y en el Bundesrat, para aprobarse las enmiendas constitucionales necesarias. Estas protecciones constitucionales y legales ha obligado a largas y arduas negociaciones entre los demócratas cristianos y los socialdemócratas para aprobarse la privatización de Deutsche Telekom.

En Portugal a los socialdemócratas y socialistas les llevó cinco años de negociaciones para acordar las reformas constitucionales que permitieron la privatización de empresas del sector público, sin embargo, muchas industrias y algunos servicios públicos fueron excluidos. En Chile la industria del cobre en poder del Estado, está fuera de los programas de privatización. En Venezuela, no hay limitaciones constitucionales, sólo existe la Ley de Privatización que acaba de ser reformada.

Otro factor político que influye en dar forma a los procesos de privatización es el compromiso, la estructura y la durabilidad del Poder Ejecutivo. A un gobierno con mayoría parlamentaria le es más fácil estructurar una política y un programa de privatizaciones que a uno que no lo tiene. Este es el caso del Presidente Caldera. La durabilidad de un gobierno privatizador es esencial. Los casos de los Presidentes Pérez y Velásquez, son muestra de ello. La salida constitucional del Presidente Pérez significó la interrupción del proceso de privatización. Lo mismo sucedió en Francia y Grecia cuando los gobiernos fueron derrotados en los años 88 y 93 respectivamente.

La limitaciones impuestas por los partidos políticos a los procesos de privatización se han sentido con fuerza en Italia y Alemania, pero en Venezuela también, el ejemplo más claro es lo que sucedió con la subasta del Banco de Venezuela, C.A.

Para Margaret Thatcher y Felipe González les fue relativamente más fácil privatizar porque fueron gobiernos fuertes, con importantes mayorías



parlamentarias, que se impusieron el compromiso de eliminar el patronaje político en el sector industrial y económico. Fueron gobiernos de larga duración en los cuales los programas de privatización fueron asumidos por estos líderes y llevados a cabo con su capacidad personal de persuasión y de conducción.

Venezuela que cuenta con un sistema político centralizado, fuertemente presidencialista, centrado, esencialmente en el Presidente de la República y el Ministro de Hacienda está en una mejor posición para promover políticas radicales de cambio. La toma de decisiones debería ser mucho más fluida y menos difusa que en aquellos en que la política industrial depende del consenso. Por otra parte los movimientos sindicales y los gobiernos regionales y locales no tienen fuerza para imponer sus criterios.

La mayor limitación la encuentra el gobierno venezolano en su falta de compromiso con la idea de privatizar. La carencia de voluntad para ejecutar un programa de privatización ya aprobado y la debilidad estructural de un gobierno ajeno a la realidad internacional, le impide negociar un programa de ejecución de privatización del sector público, aceptable para los otros partidos políticos.

Un último punto que debe tomarse en consideración es la aceptación que tiene un programa de privatización dentro de la población. En Venezuela durante años los partidos políticos, sin excepción, han favorecido los procesos de expansión del Estado en el sector industrial y comercial. Por otra parte el patronaje político ha llevado a desconfiar de la seriedad y honestidad de las empresas del sector público, que son ampliamente vistas como coto de los partidos políticos, fuente de corrupción y uno de los factores causantes de los enormes males que vive el país como consecuencia la crisis económica.

La debilidad de los organismos gremiales y el hecho de que algún partido político o algunos políticos se muestren favorable a un proceso de privatización es suficiente para considerar todo el proceso viciado. Las acusaciones de corrupción empañan en Venezuela cualquier privatización que es vista como un negocio personal de un grupo determinado. El análisis del respaldo político de la privatización muestra que hay importante interrelación entre los acuerdos constitucionales e institucionales y las

aspiraciones políticas. Es importante lograr algunos acuerdos institucionales que le permitan a un gobierno decidido, apoyado en una política de concientización seria, lograr la capacidad para efectuar cambios profundos en el País.

III. REGIMEN JURIDICO DE LA PRIVATIZACION EN VENEZUELA

El proceso de privatización envuelve dos aspectos legales, el texto legal que permite el traspaso de activos del sector público al privado, así como los mecanismos procedimientos a seguirse, y, el cambio de la regulación que gobernaba a empresas públicas.

Normalmente el énfasis se pone en el primero, ignorándose que la privatización de empresas implica la necesidad urgente de dictar las normas que regulan el sector objeto de privatización. Ejemplos obvios son la privatización de sectores monopólicos.

En Venezuela la privatización de CANTV, no ha significado ningún cambio en la regulación del sector de telecomunicaciones, aún rigen las mismas normas y el contrato de concesión no se audita, y se desconoce si se han cumplido las obligaciones contractuales. Otros ejemplos lo constituyen los fracasos de empresas privatizadas o de empresas concesionarias para construcción de autopistas, por ejemplo, como consecuencia de la falta de nuevas regulaciones cónsonas con la privatización del sector a que pertenecen, entre otras carencias, podemos señalar la falta de clarificación de la posición fiscal de las compañías privadas, ya que la forma de percibir ingresos y utilidades no es el mismo de las empresas públicas que operaban en el sector.

Tal como lo señala Brian McBeth en su libro *Privatisation A Strategic Report*, Euromoney Books, 1996, En muchos casos, mercados competitivos proveen suficientes incentivos para convencer a las compañías a comportarse de manera ampliamente consistente con la colocación de los recursos. Sin embargo este no es siempre el caso donde la competencia es débil o inexistente. Bajo estas condiciones existe la necesidad de políticas



regulatorias para influir la conducta del sector privado estableciendo un sistema de incentivos apropiados ya sea para guiar limitar las decisiones económicas. Es vital, entonces involucrar asesores legales altamente experimentados a lo largo de todo este proceso.

La necesidad de dictar nuevas normas surge de la noción fundamental de que el sector público cesa de tener control jerárquico sobre las decisiones de la compañía. Los inversionistas buscan obtener las mayores utilidades en ejercicio económico de la empresa en que invirtieron, consecuentemente el nuevo marco regulatorio debe tomar en consideración este aspecto, y debe contemplar los incentivos suficientes que faciliten la correcta toma de decisiones económicas. Por otra parte las nuevas regulaciones deben ser lo menos restrictivas posibles y de olvidarse los sistemas tradicionales. Las presentaciones del Fondo de Inversiones de Venezuela, el órgano privatizador por excelencia, señala en primer lugar entre los factores críticos de la privatización, la inexistencia o debilidad del marco regulatorio, legal, que resguarde los intereses de la Nación y de los inversionistas.

Respecto a los procesos de privatización en Venezuela, son varios los organismos que cumplen esta función: Fondo de Inversiones de Venezuela, aplica la Ley de Privatización. Petróleos de Venezuela, asociaciones estratégicas, petróleo, petroquímica, gas natural y orimulsión. Comisión Presidencial de Concesiones, aplica Ley de Concesiones. Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria, por aplicación de la Ley de Emergencia Financiera. Gobernaciones, otorgamiento de concesiones, venta de activos y venta de acciones.

Dado los alcances del tema, nos referiremos al régimen jurídico de privatización establecido en dos leyes que dicen relación con el traspaso de bienes y activos del sector público al privado, la Ley de Privatización y la Ley de Emergencia Financiera.

1. Ley de Privatización

En Venezuela el régimen jurídico de la privatización propiamente tal se encuentra consagrado en la Ley de Privatización, promulgada original-

mente en el año de 1992, con reformas en los años de 1993, 1995 y finalmente en 1996 y constituye al Fondo de Inversiones de Venezuela el ente encargado de ejecutar el proceso de privatización.

Son objetivos fundamentales de la política de privatización, de acuerdo al régimen jurídico la libre competencia, el desarrollo de la capacidad competitiva de las empresas; la democratización y ampliación del régimen de propiedad de los bienes de producción de capital y de la tenencia accionaria; el estímulo a la conformación de nuevas formas de organización empresarial, cooperativa, comunitaria, cogestionaria o autogestionaria; y la modernización de la actividad o servicio, transferencia de tecnología y la dotación de equipos, bienes o recursos que incidan favorablemente en la eficiencia de la producción y administración.

Regula, en particular, la Ley de Privatización el proceso derivado de la política de privatización de bienes o servicios del sector público, mediante reestructuración de los entes con fines de privatización incluyendo la modificación de marcos regulatorios, transferencia de acciones propiedad del sector público al sector privado, concesión de servicios públicos, y, cualquier otro mecanismo que permita alcanzar los objetivos de esa política así como diversos contratos o actos de cualquier naturaleza que implique la participación de particulares. Quedan excluidas de la aplicación de la Ley las enajenaciones que se realicen con motivo de la desincorporación de Bienes Nacionales.

Las enajenaciones de acciones o cuotas de participación en empresas que se efectúen en ejecución de la Ley, se realizarán mediante licitación pública, y el precio que servirá de base para la licitación deberá determinarse mediante la realización de por lo menos dos valoraciones practicadas por entes distintos, de los cuales una de ellos será la valoración física de los activos y la otra se efectuará bajo el concepto de empresa en marcha.

Establece la Ley el control posterior de parte de la Contraloría General de la República de todas las operaciones de privatización a que se refiere la Ley; así como la previa aprobación por el Congreso de la República para procederse a la enajenación parcial o total de las acciones en empresas básicas o estratégicas, independientemente del porcentaje de participación del Estado en el capital social de las mismas.



Es competencia del Presidente de la República en Consejo de Ministro la aprobación de la política de privatización previamente elaborada por el Fondo de Inversiones de Venezuela, la cual deberá ser informada al Congreso de la República, por órgano de los Presidentes de ambas Cámaras dentro de los quince días siguientes a su aprobación e incluyendo los bienes y servicios que de acuerdo a dicha política se aspire privatizar.

Corresponde al Fondo de Inversiones de Venezuela evitar la concentración de bienes, acciones, concesiones de servicios públicos que sean o hayan sido objeto de actos de privatización en empresas, grupos de empresas o empresas que respondan a los mismos intereses o que puedan incurrir en políticas monopólicas u oligopólicas, y se sancionan con la nulidad absoluta el proceso licitatorio violatorio de tales principios.

Puede el Ejecutivo Nacional someter a las personas jurídicas encargadas de la prestación de servicios públicos o dedicadas a actividades de producción objeto de privatización, al cumplimiento de condiciones especiales, las cuales podrán estar referidas a regímenes de precio o tarifas de los bienes que produzcan; requerimientos y obligaciones específicas de inversión; aportes de capitales, entre otras.

A los fines de ejecutar la política de privatización, prevé la Ley que siempre que sea posible, el bien, empresa o actividad que se trate, será transferido al Fondo de Inversiones de Venezuela, mediante la modalidad más conveniente.

Deberá ser publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela el acto motivado del Presidente de la República aprobatorio del proceso de privatización. Dentro de los diez días siguientes a la publicación, deberá el Fondo e Inversiones de Venezuela solicitar a la Comisión Permanente de Finanzas del Senado y de la Cámara de Diputados, o en su defecto de la Comisión delegada la autorización para llevar a cabo los procesos licitatorios. Dentro de los quince días siguientes al recibo de tal solicitud deberá darse la autorización solicitada, salvo que se decida prorrogar el lapso anterior por un término no mayor de treinta días. En caso de transcurrir el plazo de quince días sin haberse otorgado la prórroga o vencido el término de esta, si la hubiere, sin que haya respuesta, se entenderá concedida la autorización.

La Ley consagra, además, un capítulo dedicado a regular las preferencias, la participación y protección de los trabajadores, señalando primeramente que el procedimiento escogido para la privatización será público y deberá garantizar las mismas oportunidades y trato a quienes participen en él. Gozan en este sentido de derechos preferentes:

1.- Los trabajadores y jubilados del ente a privatizar, quienes podrán adquirir acciones o cuotas de participación, en igualdad de condiciones a los otros adquirentes. El porcentaje de acciones a favor de estas personas no podrá ser inferior al diez por ciento (10%), y si manifestaren intención de adquirir hasta un veinte por ciento (20%), la enajenación será con carácter obligatorio, y se hará bajo las condiciones que se negocien en cada caso, incluido el plazo dentro del cual deberán ejercer el derecho de preferencia. Si optaren por un porcentaje mayor al veinte por ciento (20%) del total de las acciones, en lo referente al exceso de dicho porcentaje, participarán en igualdad de condiciones que el resto de los ofertantes.

2.- Las personas que presenten planes de organización cooperativa, comunitaria o cogestionaria, en especial aquellas que produzcan la materia prima esencial para el desenvolvimiento del sector agroindustrial.

3.- Las personas domiciliadas en la Entidad Federal donde se encuentre el bien o actividad a ser privatizada, siempre y cuando no se constituyan en forma de asociaciones cuyas condiciones y proporcionalidad desvirtúen el carácter local.

Las preferencias señaladas en los dos últimos puntos sólo se refieren a la posibilidad de igualar la oferta presentada por quien resulte favorecido en la licitación y no incide en las otras características del proceso. Los derechos de preferencia son intransferibles, y los trabajadores podrán utilizar para ejercer el derecho preferente cualquier forma de asociación, siendo necesario que la titularidad de las acciones o cuotas de participación sean propiedad de los trabajadores individualmente considerados y no podrán ser cedidas por ningún título entre vivos mientras duren las condiciones especiales otorgadas para la adquisición.

Los trabajadores que con motivo de la privatización queden cesantes, serán sometidos a un proceso de reentrenamiento, a fin de prepararlos para



reincorporarlos preferiblemente en empresas de sectores afines a su trabajo original. Durante el periodo de entrenamiento, que no podrá ser superior a ciento ochenta (180) días continuos, los trabajadores que se beneficien del seguro de paro forzoso sólo podrán recibir el bono de reentrenamiento hasta completar el setenta y cinco por ciento (75%) de último salarios, siempre y cuando estén incorporados a estos programas.

El destino de los recursos provenientes de los procesos de privatización sólo podrán ser destinados al pago de capital de la deuda pública externa. Ordena la Ley la creación de una cuenta separada en la Tesorería nacional, en la que ingresarán los fondos provenientes de las actividades de privatización cumplidas, siendo administrado el mismo por el Fondo de Inversiones de Venezuela, según instrucciones del Ministerio de Hacienda.

Los ingresos netos provenientes de privatización de bienes o servicios pertenecientes a la República, sus beneficios, utilidades y rentas sólo podrán ser dispuestos anualmente previa aprobación del Congreso de la República, a cuyos efectos el Ejecutivo Nacional incluirá en el Proyecto de Ley de Presupuesto el monto de esos ingresos efectivamente devengados en los ejercicios anteriores, que pretenda invertir en el curso del ejercicio presupuestario correspondiente. Para ser utilizados esos ingresos netos en el mismo ejercicio fiscal, deberá utilizarse la figura del crédito adicional.

Señala la Ley que se entenderá por ingresos netos por concepto de privatización, los ingresos, beneficios, utilidades y rentas, deducidas las comisiones de gestión previstas en los contratos que pudiera suscribir el Fondo de Inversiones de Venezuela con las empresas a privatizar.

La cancelación de deudas pendientes con la República u otros entes públicos o particulares correspondientes al ente privatizado, lo hará el comprador directamente a la República, al ente o particular de que se trate, en el porcentaje que corresponda de acuerdo a su participación accionaria en la empresa, en el momento de perfeccionarse el proceso de privatización.

Corresponde al Fondo de Inversiones de Venezuela informar a las Comisiones Permanentes de Finanzas del Senado y de la Cámara de Diputados dentro de los diez (10) días siguientes a la finalización del proceso, sobre los gastos incurridos en la privatización.

Establece, igualmente la Ley prohibiciones, las cuales están dirigidas fundamentalmente a impedir a los entes públicos realizar operaciones que conlleven la conversión de Deuda Pública en inversión, así como también les está prohibido otorgar avales, fianzas, préstamos o garantías de cualquier tipo y financiamiento de cualquier naturaleza y hacer donaciones, salvo en los dos últimos casos, para que los trabajadores de un ente en proceso de privatización pueden ejercer el derecho de preferencia que le es otorgado en la ley.

También se prohíbe a los entes públicos, invertir nuevos recursos en aquellos entes objeto de privatización en los que conserven participación accionaria, salvo los aportes inherentes a su condición de accionistas. Se prohíbe participar en los procesos de privatización a aquellas personas que la Constitución expresamente establece que no pueden contratar, salvo los trabajadores como lo indica la Ley que se comenta.

Se prohíbe a los organismos de la Administración Pública realizar actividades de promoción de cualquier tipo, en los entes objetos e privatización regidos por la Ley, sin la opinión favorable del Presidente de la República en Consejo de Ministros, lo cual deberá ser comunicado al Congreso de la república.

Es obligación de los directivos de una empresa objeto de privatización, tomar todas las previsiones requeridas a fin de conservar los bienes y demás activos del patrimonio de la empresa y salvaguardar en los términos justos el valor de ésta.

La política de privatización deberá aprobarse dentro de los noventa días (90) siguientes a la promulgación de la Ley, siendo las disposiciones en ellas contenidas de orden público, debiéndose aplicar con preferencia a cualquier otra disposición legal o convenio particular existente, sobre las operaciones o modalidades que se adopten para el proceso de participación.

2. Ley de Emergencia Financiera

Aparte de la ya analizada Ley de Privatización, la Ley de Regulación de la Emergencia Financiera promulgada el 6 de julio de 1995, establece un



mecanismo para la enajenación de Bienes propiedad del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE) o de otro ente u organismo del sector público, en razón de los auxilios prestado a bancos o instituciones financieras intervenidas, o de estos últimos cuando haya sido acordada su liquidación por la Superintendencia e Bancos y otras Instituciones Financieras.

Así establece la Ley que tal enajenación de bienes se efectuará a través de las siguientes operaciones:

1.- Venta del bien en subasta pública, según el procedimiento establecido en la Ley; y

2.- Dación en pago del bien por deudas asumidas con un determinado ente u organismo del sector público.

De igual manera, la Junta de Emergencia Financiera por Resolución motivada, previa solicitud de un ente u organismo del sector público, podrá acordar la enajenación a este, a título oneroso, de alguno de los bienes a enajenar, estableciendo el precio, condiciones, formas y medios de pagos.

Establece la Ley como procedimiento para la enajenación de bienes mediante subasta pública el siguiente:

1.- Los bienes que se venderán mediante subasta pública se anunciarán en dos (2) de los diarios de mayor circulación de la capital de la República y, además, en un diario de la localidad si el bien se hallare ubicado en el interior del País, con un intervalo de quince (15) días entre una y otra publicación.

En el aviso de subasta se convocará para la misma a los terceros que pretendan derechos sobre el bien a subastar. Tales terceros podrán ocurrir ante el ente enajenante en el acto de la subasta o dentro de los cinco (5) días laborales anteriores a esta, para hacer valer los derechos que pretendan, los cuales en todo caso se trasladarán al precio que se obtenga en la subasta. Corresponderá al ente enajenante calificar la existencia y cuantía de tales derechos, y si encontrare que efectivamente existen, pagará, hasta la concurrencia con el precio, el monto de tales derechos. Si se

rechazare la pretensión del tercero, este podrá ocurrir a la jurisdicción ordinaria para hacer valer contra el ente enajenante y siempre hasta el límite del precio obtenido en la subasta.

Igualmente debe contener el aviso, en caso de bienes inmuebles, su exacta ubicación, linderos, medidas, superficie y usos; en el caso de semovientes, las marcas, colores o distintivos y en el caso de bienes muebles, los signos, señales y particulares que puedan determinar su identidad.

Debe señalarse también el precio base de la venta, que no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) del monto del justiprecio; el monto de la caución que deberá consignar mediante cheque de gerencia para poder participar en el acto de subasta pública y, el día, lugar y hora en que habrá de celebrarse la subasta.

El día de la celebración de la subasta pública no podrá ser variado luego de publicados los avisos, salvo que se publiquen de nuevo.

2.- El acto de subasta pública se efectuará a lo quince (15) días continuos después de la publicación de último aviso anteriormente señalado, o en el primer día hábil siguientes, si aquel fuere feriado, y se realizará en presencia de un Notario Público, quien levantará un acta.

Si se tratare de bienes inmuebles, el Notario deberá dejar constancia de que se ha presentado una certificación de gravámenes expedida por el Registrador respectivo, con no más de quince (15) días de antelación a la celebración del acto.

La caución para participar en el acto de subasta pública, pasará de pleno derecho y a título de indemnización a FOGADE, al ente público y al banco o institución financiera de que se trate, si el adjudicatario no paga la totalidad del precio ofertado al otorgarse el documento público correspondiente, lo cual debe ocurrir dentro de los treinta (30) días continuos siguientes a la realización del acto.

Si no se ofrece el precio base de la subasta, la Junta de Emergencia Financiera, con vista al informe del ente enajenante y mediante Resolución motivada, decidirá sobre otra forma de enajenación del inmueble, en con-



diciones distintas a las señaladas en la Ley, o dispondrá su arrendamiento o cualquier otra negociación que asegure su conservación y genere los frutos que sean posibles, hasta que se produzcan las condiciones que hagan factible una nueva subasta.

3. - Otorgado el documento correspondiente, el adjudicatario queda en propiedad y posesión del bien en el estado en que se encuentre, libre de todo gravamen, sin que resulte admisible reclamación alguna.

Al momento de la protocolización del documento, el Registrador no podrá exigir ningún requisito distinto al pago de los derechos de registro.

A solicitud del adjudicatario o por decisión del ente enajenante, la toma de posesión de los inmuebles se hará constar en acta que se levantará en presencia de un Juez o Notario y que firmarán los intervinientes en el acto.

Establece igualmente la Ley en comento, que la Junta de Emergencia Financiera, tomando en cuenta las características de determinados bienes podrá a solicitud del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE), del banco o institución financiera de que se trate, disponer mediante Resolución motivada y publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, a aplicación de un régimen especial para la subasta pública.

Consagra también la Ley, lo relativo a los procedimientos judiciales para las acciones de cobro que intente un banco o institución financiera intervenido en liquidación o que haya pasado a ser propiedad de un ente público en razón de la emergencia financiera, contra sus deudores, las empresas relacionadas, el grupo financiero o las personas interpuestas, señalando que tales acciones se tramitarán conforme al procedimiento de Vía Ejecutiva a que se refieren los artículos 630 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, salvo que se trate de la ejecución de hipotecas o prendas, en cuyo caso se aplicarán los procedimientos respectivos contemplados en el citado Código.

Prevé la Ley que en estos casos el ente accionante podrá solicitar el embargo ejecutivo sobre los bienes, produciéndose la enajenación mediante

el remate como si se tratase de bienes hipotecados, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 635 del Código de Procedimiento Civil. En estos casos el avalúo lo hará un sólo perito designado por el Tribunal y el remate se anunciará con un sólo cartel. No se aceptarán posturas por un monto menor al de la acreencia y, en caso de no haberla, se adjudicará forzosamente el bien al demandante.

Otra forma de enajenación prevista en la Ley es el hecho de que los inversionistas, bancos e instituciones financieras nacionales o extranjeros podrán adquirir parcial o totalmente las acciones de un ente que haya sido auxiliado o que sea, mayoritariamente, propiedad de un ente público.

Exige la ley para este tipo de enajenaciones, que tal adquisición deberá ser autorizada previamente por la Junta de Emergencia Financiera, visto el informe que presente la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, respecto a las garantías que en la negociación se otorgarán a los derechos de los depositantes de la institución de que se trate.

3. Estado Actual de la Política de Privatización

De acuerdo a informaciones suministradas por el FONDO DE INVERSIONES DE VENEZUELA, ente encargado de ejecutar el proceso de privatización, hasta el momento han sido treinta y dos (32) los entes y activos privatizados, desde 1990 hasta la presente fecha.

Los sectores que hasta el momento han sido objetos del proceso de privatización lo constituyen el sector de Telecomunicaciones, Aviación, Astilleros, Lácteo, Bancos, Centrales Azucareros, Turismo y Enajenación de Activos.

Se señala como monto recaudado en el proceso de privatización hasta el momento desarrollado, la cantidad de DOS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES DE DOLARES (US.\$ 2,393,000,000.00), alcanzando el monto invertido de manos de participación extranjera la cantidad de UN MIL SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES NOVENTA Y SEIS MIL OCHENTA Y TRES DOLARES CON NOVENTA Y CINCO CENTAVOS DE DOLAR (US.\$ 1,636,096,083.95).



Dentro de la política actual de privatizaciones se señalan como entes y activos a privatizar durante el periodo 1996-1997, en la agenda de prioridades la Corporación Venezolana de Guayana, señalándose dentro del sector aluminio las empresas Alcasa, Carbonorca, Bauxilium y Venalum; en el sector Hierro y Acero las empresas Sidor, Planta de Tubos de Sidor y Fesilven. En el sector Eléctrico se señalan las empresas Enelbar, Enelven-Enelco y el sistema del Estado Nueva Esparta. Dentro del sector Telecomunicaciones se encuentra la colocación en el mercado de capitales nacional e internacional del cuarenta y nueve por ciento (49%) de las acciones que posee el Estado. En el sector de Infraestructura Marítima se incluyen los Puertos del Litoral Central así como también los Diques y Astilleros Nacionales (DIANCA). Dentro del sector Turismo encontramos al Hotel Bella Vista, Hotel Humboldt en conjunto con el Teleférico Caracas-Litoral y el Hotel Aguas Calientes. Finalmente en el sector Cemento encontramos al Complejo Cementero en Monay.

Es forzoso acotar, que ha sido sumamente pequeño lo desarrollado y alcanzado durante el presente año en la ejecución de planes y políticas de privatización, originado fundamentalmente en la falta de interés político para desarrollar con toda la seriedad debida el proceso privatizadorio.

Es necesario en consecuencia, obviar todas aquellas politiquerías desarrolladas tanto por los distintos partidos políticos como por politiqueros singulares, dañinas al proceso privatizadorio, a los fines de impulsar de manera efectiva y seria, intereses tanto de orden político como gubernamental, tendientes a desarrollar con toda normalidad y eficacia las políticas de privatización actualmente instrumentadas por el Fondo de Inversiones de Venezuela.

IV. CONCLUSIONES

Toda privatización trae como consecuencia cambios en la posición patrimonial del Estado, produciendo importantes efectos sobre las finanzas públicas futuras, ya que afecta el volumen de los recursos disponibles para hacer frente a más compromisos de gastos.

Existen dos elementos fundamentales que determinan el impacto de la privatización sobre el patrimonio del Estado.

El precio al que se realiza la transacción de la empresa pública. Si este precio es inferior al valor presente del flujo de ingresos que el activo generaría en el futuro, es evidente que el Estado sufriría una pérdida patrimonial que afectaría su posición financiera a mediano plazo.

La privatización no puede considerarse como una operación aislada dentro del presupuesto del Estado, ingresos, significa también la contraparte financiera. Si la venta persigue cubrir un déficit de la cuenta corriente del Fisco, la venta escondería un efecto perverso, que se reflejaría al poco tiempo en un efecto contractivo al reducirse el flujo de utilidades y se presione sobre los ingresos fiscales.

Por el contrario, si los recursos de la venta de empresas públicas se empleara en financiar nueva inversión o en rescatar deuda pública, los flujos asociados a esta última compensarían las utilidades no percibidas, con efectos netos positivos.

Es así como la privatización de empresas públicas no afectaría el patrimonio neto del Estado bajo dos condiciones.

- que no exista una pérdida de capital en la transacción.
- que la transacción acarree como contrapartida un aumento en la inversión pública, o en la concesión de créditos al sector privado, o una reducción en los pasivos del sector público.

Por favor. Que alguien le diga esto al sector político. La privatización es un negocio y debe ser tratado como tal. Nunca venda por una mera necesidad de circulante. Gracias.

**LA PARTECIPAZIONE DEGLI
AMMINISTRATI ALLE ATTIVITA'
E ALLE FUNZIONI AMMINISTRATIVE**

**LA PARTECIPAZIONE DEGLI AMMINISTRATI ALLE ATTIVITA'
E ALLE FUNZIONI AMMINISTRATIVE (*)**

Por Marco D'Alberti
Profesor de la Universidad de la Sapienza, Roma

SOMMARIO

- I. I diversi modi della partecipazione.**
- II. La partecipazione ai procedimenti amministrativi: la "visione" e la "voce".**
- III. Le soluzioni adottate nei diversi ordinamenti: a) i modelli anglosassoni, e le differenze fra Gran Bretagna e Stati Uniti d'America.**
- IV. Segue: b) altri modelli rilevanti; in particolare: Germania, Francia, Italia, Venezuela, Giappone.**
- V. Valutazioni generali sulla partecipazione procedimentale: le diverse sorti dell'unilateralità e della segretezza.**
- VI. Partecipazione e democrazia?**

(*) Parte delle attività di ricerca che sorreggono il presente scritto è stata finanziata con fondi del Ministero italiano per l'Università e la ricerca scientifica e tecnologica.

I.
I DIVERSI MODI DELLA PARTECIPAZIONE

Gli amministrativi possono partecipare alle attività e alle funzioni amministrative in vari modi, ciascuno dei quali pone problemi giuridici diversi.

Esiste una partecipazione "istituzionale" o "organica", caratterizzata dal fatto che l'amministrato diviene titolare di un organo amministrativo, in genere in qualità di componente di un collegio con funzioni decisorie o consultive. In tali casi, può dirsi che l'amministrato viene a "far parte" della struttura amministrativa, ed è direttamente investito della funzione deliberativa. Si tratta di una vicenda che ha avuto ampia diffusione nei sistemi amministrativi di diversi Paesi. In alcuni ordinamenti è in declino: è così per l'Italia, dove questo tipo di partecipazione ha avuto un largo impiego negli anni Settanta, ad esempio nell'amministrazione scolastica e presso vari enti pubblici non economici, ed oggi è in recessione.

Vi è poi la partecipazione ai procedimenti amministrativi. Qui l'amministrato "prende parte" a tutte le fasi preliminari alla decisione finale, che di regola è adottata con atto amministrativo. Può aver visione dei documenti amministrativi, e presenterà osservazioni e note orali o scritte che l'amministrazione decidente deve tenere in adeguata considerazione: non diviene, dunque, corresponsabile dell'atto decisionale e manifesta la propria volontà e autonomia nei confronti di un'amministrazione rispetto alla quale rimane soggetto esterno. In taluni casi, la partecipazione dà luogo a forme particolarmente compiute di contraddittorio, come avviene in genere per i ricorsi amministrativi in funzione giustiziale e per le procedure dinanzi alle cosiddette autorità indipendenti (ad esempio, in materia di *antitrust*, o di vigilanza sulle emittenti televisive) culminanti nell'adozione di misure restrittive. La partecipazione procedimentale, che gode di una lunghissima e fortunata tradizione storica nei sistemi legati alla radice anglosassone, rappresenta uno degli eventi più importanti nell'evoluzione recente del diritto amministrativo negli ordinamenti dell'Europa continentale, dell'Asia, dell'America Latina.



È, inoltre, assai diffusa la partecipazione dell'amministrato all'attività contrattuale o, più latamente, convenzionale delle pubbliche amministrazioni. In tali vicende, l'amministrato è "controparte" di un organo amministrativo nella conclusione dell'accordo, o del contratto, che può essere disciplinato dal diritto pubblico o dal diritto privato, e può avere ad oggetto vicende assai diverse, che vanno dalle ordinarie forniture, agli appalti di lavori, allo svolgimento di servizi di svariata natura. La "contrattualità" della pubblica amministrazione è un fenomeno in ascesa nella gran parte dei sistemi giuridici, anche in quelli tradizionalmente più abituati, come il diritto francese, al principio secondo cui la decisione amministrativa è unilaterale

Ancora: le normative di vari ordinamenti prevedono ipotesi di partecipazione degli amministrati ai servizi pubblici in funzione di controllo sul rendimento e sulla qualità delle prestazioni rese. In tali casi, attraverso la formazione di appositi comitati di utenti dei servizi, che usualmente non sono configurabili come uffici amministrativi, o tramite periodiche audizioni pubbliche, l'amministrato svolge una funzione essenzialmente valutativa che, se giunge a giudizi negativi, può comportare azioni di responsabilità nei confronti dei funzionari pubblici che gestiscono il servizio, ovvero può condurre all'adozione di misure sanzionatorie nei confronti delle imprese private che erogano il servizio pubblico in concessione o su altra base convenzionale. Le cosiddette "Carte dei servizi pubblici" in Francia, Gran Bretagna, Spagna, Italia, introducono simili modi di partecipazione valutativa.

Infine, vi sono ipotesi di devoluzione *ex lege* agli amministrati di funzioni già spettanti o in genere attribuite alla pubblica amministrazione, che conserva potestà di vigilanza. In simili evenienze, che assumono connotazioni giuridiche diverse, l'amministrato si sostituisce all'apparato pubblico e l'attività svolta si trasforma in atti negoziali di natura privatistica, sempre soggetti al controllo amministrativo. Possono essere ricondotti a tali ipotesi di devoluzione i casi, regolati nel sistema italiano, di sostituzione delle autorizzazioni amministrative conferite per l'inizio di un'attività imprenditoriale con semplici denunce di avvio della stessa attività: qui si registra una forma di liberalizzazione, con la caduta di una potestà amministrativa autorizzatoria. Rientrano nelle ipotesi di devoluzione anche i casi di affidamento a privati della disciplina, e non solo della gestione, di

settori che presentano un sicuro rilievo pubblicistico: è quel che avviene, non soltanto nei sistemi di *common law*, in materia di regolazione dei mercati borsistici e mobiliari: qui l'esito è di autoregolazione del settore.

Il presente lavoro si concentrerà sulla partecipazione al procedimento amministrativo, che senza dubbio costituisce da venti anni a questa parte uno dei temi principali dei diritti amministrativi di diversi Paesi¹. Nel paragrafo finale qualche cenno sarà dedicato anche alle altre forme di partecipazione.

II.

LA PARTECIPAZIONE AI PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI: LA "VISIONE" E LA "VOCE"

Sono fondamentalmente due gli aspetti principali della partecipazione degli amministrati ai procedimenti amministrativi: il diritto dell'amministrato di prendere "visione" dei documenti relativi alla procedura, e il diritto del medesimo di far sentire la propria "voce", oralmente o per iscritto, prima che la decisione finale sia adottata².

La "visione" e la "voce" sono momenti chiaramente connessi. Dal punto di vista logico, la "visione" dei documenti, cioè l'accesso alle informazioni, costituisce il presupposto necessario per poter esprimere compiutamente la "voce", affinché, in altri termini, abbia luogo un pieno "contraddittorio" fra l'amministrato e gli uffici.

Storicamente, però, si afferma prima la partecipazione come facoltà degli amministrati di far valere la loro "voce", e soltanto più tardi, molto più tardi, si riconosce il loro diritto di prendere "visione" dei documenti. In quasi tutti gli ordinamenti, il segreto rimane a lungo la regola generale, salve norme speciali che garantiscono l'accesso alle informazioni relative a particolari tipi di procedimenti amministrativi.

La storia dei sistemi giuridici di *common law*, ed in particolare dell'ordinamento inglese, è in proposito molto significativa. In Inghilterra la partecipazione ai procedimenti amministrativi come diritto dell'amministrato di esprimere la propria "voce" prima che la decisione finale sia adottata si afferma molto prima che in altri sistemi.



Ciò perché nella storia istituzionale d'Inghilterra, fortemente ancorata ad un'ispirazione libertaria fin dal XIII secolo, lo "statesman", l'uomo di Stato o di governo, è persona che nell'attività di pubblica amministrazione decide più secondo giudizio che per virtù dell'autorità. L'atto di decisione è adottato soltanto dopo aver sentito la voce dell'amministrato, dopo avergli consentito di esprimere le proprie ragioni ed, eventualmente, le proprie difese³.

È il principio dell'*audi alteram partem*, o del "right to be heard", che nella tradizione britannica è ricondotto, assieme all'altro principio del *nemo iudex in causa sua*, alla "natural justice", cioè all'idea di una serie di garanzie che vanno comunque assicurate all'amministrato, indipendentemente da quel che sia detto nelle leggi⁴. Il diritto d'essere sentiti è riconosciuto dalla giurisprudenza delle corti inglesi fin dal Seicento, e con qualche oscillazione e taluni limiti, come si vedrà, continua fino ad oggi. L'esistenza di questa garanzia "preliminare" rispetto all'adozione dell'atto amministrativo riduce l'uso da parte dell'amministrato, del più tipico dei rimedi "successivi", costituito dal contenzioso giurisdizionale. La partecipazione come diritto di "vedere" i documenti, invece, stenta a decollare in Gran Bretagna, e ancor oggi gli studiosi lamentano un deficit di "openness" in quel sistema⁵.

L'*audi alteram partem*, come principio di buona amministrazione, dall'Inghilterra si trapianta in tutti gli ordinamenti basati sulla *common law*, e in particolare nel sistema statunitense. Qui entra a far parte della Costituzione scritta, grazie agli emendamenti V e XIV, che introducono il principio del "due process", del giusto procedimento, al livello sia federale che statale⁶. La legge generale sul procedimento amministrativo del 1946 specifica le forme di contraddittorio ammesse nei vari casi. Il principio della "visione", dell'ispezione dei documenti da parte dell'amministrato, sarà introdotto soltanto con leggi degli anni Sessanta e Settanta.

I sistemi amministrativi basati sulla tradizione francese, senz'altro quelli dell'Europa continentale e dell'America Latina, restano a lungo lontani dalle esperienze anglosassoni di partecipazione procedimentale. Probabilmente perché nella storia istituzionale francese l'uomo di Stato e di governo decide più in ragione di autorità che di giudizio. L'autorità non acconsente ad essere attenuata e a sentire la voce dell'amministrato prima

che la decisione sia presa. Il segreto resta anche qui, e a lungo, principio generale. L'unico rimedio riconosciuto al privato è "successivo" al provvedimento amministrativo, e sta nella facoltà di proporre un ricorso amministrativo o, soprattutto, giurisdizionale.

Negli ultimi venti anni le cose sono cambiate, e anche i sistemi fondati sul *droit administratif* hanno introdotto, per via legislativa, norme generali sull'intervento dell'amministrato nel procedimento amministrativo, che riprendono e completano l'opera dei giudici, i quali avevano già in precedenza introdotto regole di partecipazione concernenti singoli aspetti delle procedure. Le leggi di questi recenti anni, da quella tedesca del 1976 a quella giapponese del 1993, hanno ampiamente recepito le esperienze anglosassoni.

Si è venuta in tal modo a creare una convergenza fra mondi giuridici prima contrapposti: quello della *common law*, da un lato, e quello del *droit administratif*, dall'altro. E i sistemi influenzati dalla Francia, essendo giunti più lentamente a riconoscere le garanzie di partecipazione, hanno potuto trarre beneficio da tutta l'evoluzione storica dei sistemi di derivazione inglese, e hanno codificato, o disciplinato, insieme i due profili legati alla "voce" e alla "visione".

III.

LE SOLUZIONI ADOTTATE NEI DIVERSI ORDINAMENTI : A) I MODELLI ANGLOSASSONI, E LE DIFFERENZE FRA GRAN BRETAGNA E STATI UNITI D'AMERICA

Vanno ora analizzate le normative specifiche sulla partecipazione vigenti in taluni fra i principali sistemi amministrativi.

E' necessario prendere le mosse dalla Gran Bretagna perchè, come si è visto, in quel sistema la partecipazione al procedimento amministrativo ha radici antiche. Il diritto di essere sentito viene riconosciuto all'amministrato, nell'esperienza giuridica britannica, già in casi del XVII e XVIII secolo, nei quali i giudici considerano tale garanzia come un principio di "*eternal law*" già previsto dalle Sacre Scritture, là dove Dio stesso ritiene di dover rispettare quel principio sentendo Adamo ed Eva prima della cacciata dall'Eden⁷.



Il principio, che consente all'amministrato la facoltà di presentare osservazioni e commenti, di regola oralmente ma anche per iscritto, quando il procedimento è in corso e la decisione non è ancora stata presa, si consolida nell'Ottocento. Alla metà del secolo XIX, i giudici considerano il diritto ad esser sentito come canone di "universale applicazione", operante in tutti i campi dell'amministrare indipendentemente da una previsione esplicita del legislatore⁸. Nella prima metà del XX secolo l'ambito di estensione del principio si riduce: le corti giudiziarie lo considerano applicabile alle sole attività dell'amministrazione definibili come "giudiziali" o "quasi-giudiziali", e non anche a quelle "amministrative" in senso stretto. La distinzione fra i due tipi di attività non viene mai chiarita, e la giurisprudenza finisce per allargare enormemente la sfera di quelle denominate "giudiziali" o "quasi-giudiziali", pur di assegnare al principio della "voce" un'ampia estensione. Dagli anni Sessanta si supera ogni forzata distinzione, e si ritorna a considerare il principio come "universale": applicabile a tutte le attività amministrative e senza necessità di apposita previsione legislativa⁹.

Un limite però esiste. La giurisprudenza precisa che in *common law* la "partecipazione" e la "consultazione" degli amministrati non valgono nelle ipotesi di attività dell'amministrazione aventi natura sostanzialmente "legislativa" o, più generalmente, normativa¹⁰. Si tratta della "legislazione delegata o subdelegata" e del "*rulemaking*", procedure che conducono all'adozione non già di atti amministrativi di carattere particolare concernenti casi individuali, ma di regole applicabili ad una sfera indeterminata di destinatari in una serie aperta di possibili casi. Sono riconducibili certamente a tali categorie i procedimenti di piano in materia urbanistica.

In procedure di natura sostanzialmente "legislativa" o normativa, dunque, non esiste in via di principio un diritto degli amministrati di essere sentiti prima che la regola venga adottata, analogo al diritto riconosciuto a chi è coinvolto in un procedimento che culmina in un atto amministrativo di carattere particolare; il diritto di esprimere la propria "voce" è assicurato soltanto se una legge apposita lo preveda. E' quanto avviene in diversi settori: dalle pianificazioni urbanistiche, alle opere pubbliche, all'agricoltura, alla sanità, ai trasporti. In simili campi il legislatore ha progressivamente rafforzato le cosiddette "*statutory o public inquiries*",

che seguono il modello generale del diritto d'esser sentiti, ma in maniera attenuata: il contraddittorio, infatti, non sempre è completo, e molto ampia è la discrezionalità riconosciuta all'ispettore che redige il Rapporto conclusivo dell'inchiesta e all'autorità politica alla quale comunque spetta l'adozione delle misure finali.

Fin qui si è detto della tradizione inglese relativa alla partecipazione come "voce". L'altro profilo partecipatorio, quello della "visione" dei documenti, dell'accesso alle informazioni, è in Gran Bretagna tuttora assai carente. Vi è stata una scarsissima produzione legislativa, sulla base di un generale intento di evitare la previsione di precisi e dettagliati obblighi di informazione a carico della pubblica amministrazione. La "case law" dei giudici ha seguito l'antico solco interpretativo che considera la limitazione della "discovery" come un privilegio della Corona. Si sono avute aperture sporadiche nella prassi amministrativa, le quali non sono andate al di là dell'auspicio, espresso in direttive di governo, a che i singoli ministeri gradualmente riducessero le aree di amministrazione soggette al principio del segreto¹¹.

Molto diversa l'evoluzione dell'ordinamento statunitense, per i profili concernenti sia la "voce" che la "visione". Il principio dell'audi *alteram partem*, come si è accennato, viene costituzionalizzato con gli emendamenti V e XIV sul "due process". Dopo un lungo dibattito politico - dottrinale, che trovò le sue punte più intense negli anni Trenta del nostro secolo, nel 1946 il Congresso approva la legge generale sulle procedure amministrative ("Administrative Procedure Act"), che disciplina i modi del contraddittorio in vari tipi di procedimenti.

La legge statunitense del '46 distingue fra procedure di "adjudication" e di "rulemaking": le prime conducono all'adozione di "orders", di atti amministrativi di carattere particolare concernenti un caso specifico, le seconde sfociano nell'emanazione di "rules", di norme di tipo regolamentare aventi applicazione generale rispetto a tutti i casi sottoposti alla loro disciplina¹².

Il diritto dell'amministrato di farsi sentire prima che la misura amministrativa finale sia adottata è garantito, di regola, in forme più solenni nei procedimenti di *adjudication*. Per questi è prevista la possibilità di



una *formal hearing*, cioè di un'istruttoria basata su di un contraddittorio simile a quello del processo giurisdizionale, con audizione orale degli amministrati e controinterrogatorio dei testimoni. La giurisprudenza chiarisce che l'istruttoria formale si deve tenere o quando sia prevista da un'apposita legge o quando lo imponga il principio del *due process*, ad esempio nei casi in cui l'atto amministrativo finale vada ad incidere su diritti fondamentali.

Per i procedimenti di *rulemaking*, la regola è che vi sia un'istruttoria meno formalizzata, ma pur sempre ispirata al principio del diritto dell'amministrato d'esser sentito. Gli interessati vengono avvisati dell'inizio della procedura e possono presentare commenti scritti prima che l'atto regolamentare venga adottato, commenti che l'amministrazione deve fare oggetto di adeguata considerazione. Sono escluse alcune procedure, come quelle che sfociano in norme interpretative o riguardano l'organizzazione degli uffici; l'amministrazione può sempre, motivando espressamente, negare le garanzie di partecipazione, ove le ritenga impraticabili, non necessarie, o contrario al pubblico interesse.

La disciplina del *rulemaking* è una peculiarità del diritto amministrativo degli Stati Uniti d'America, che finisce per conferire una grande estensione alla partecipazione dell'amministrato intesa come facoltà di esprimere la propria "voce", sia pure solo per iscritto, prima che si giunga all'esito finale del procedimento. Come regola generale, e con le eccezioni sopra menzionate, la "voce" dell'amministrato deve esser sentita anche in procedure che si perfezionano con atti di tipo regolamentare o comunque aventi effetti generali: tutti gli altri grandi sistemi giuridici seguono vie diverse, negando in via di principio il diritto degli amministrati di essere sentiti, come si è visto per la Gran Bretagna, nei procedimenti che sfociano in atti normativa o amministrativi generali.

Anche sotto il profilo della partecipazione come accesso alle informazioni e ai documenti amministrativi, l'ordinamento statunitense si distingue per l'ampiezza delle garanzie riconosciute agli amministrati, grazie al "*Freedom of Information Act*" del 1967, e al "*Federal Government in the Sunshine Act*" del 1976, più volte modificati¹³.

La legge del 1967 ha riconosciuto a "chiunque" ("*any person*") il diritto di prender visione dei documenti amministrativi concernenti il caso in

esame. Non viene, quindi, richiesta alcuna rilevanza giuridica formale dell'interesse di cui è portatore l'amministrato che chiede l'accesso alle informazioni: può trattarsi di un semplice interesse di fatto. E' la stessa legge che stabilisce tassativamente e direttamente le eccezioni, cioè i settori e i casi nei quali l'accesso alle informazioni non è consentito: si va dalle materie concernenti il personale e la prassi interna delle amministrazioni, a quelle escluse dall'accesso con legge apposita, a quelle che riguardano segreti commerciali o informazioni finanziarie riservate, alle ipotesi in cui l'accesso può comportare invasione della *privacy*. Non viene lasciata discrezionalità al governo nell'identificazione delle materie esenti, tranne nel caso della determinazione degli affari da tenere segreti nell'interesse della difesa nazionale e della politica estera. Dei limiti all'informazione, comunque, la giurisprudenza dà un'interpretazione restrittiva.

La legge del 1976 (*"Federal Government in the Sunshine Act"*) impone alle agenzie federali a struttura collegiale di tenere in pubblico le loro riunioni. L'apertura al pubblico abbraccia l'intero processo decisionale, estendendosi anche alle delibere preliminari rispetto alla decisione finale. Per giudizio diffuso di studiosi ed operatori pratici, simili previsioni legislative hanno ampiamente accresciuto i livelli di conoscenza degli amministrati sul modo di operare delle agenzie amministrative.

IV.

SEGUE:

B) ALTRI MODELLI RILEVANTI; IN PARTICOLARE, GERMANIA, FRANCIA, ITALIA, VENEZUELA, GIAPPONE.

Come si è detto, gli ordinamenti dell'Europa continentale influenzati dalla tradizione francese e i sistemi giuridici non strettamente legati al solco anglosassone privilegiano i rimedi giurisdizionali, "successivi" all'adozione dei provvedimenti amministrativi, e solo in una fase storica più recente introducono regole sulla partecipazione "preliminare" al procedimento amministrativo.

In realtà, la Spagna e l'Austria già da tempo hanno conosciuto normative sui procedimenti amministrativi: rispettivamente dal 1889 e dal 1925. Di particolare rilievo la legge austriaca del 1925, che introdusse una forma



di contraddittorio preliminare nel procedimento, ispirata ad un'idea di processualizzazione delle procedure amministrative che rispondeva ad una concezione generale dei poteri dello Stato secondo cui la funzione esecutiva e quella giudiziaria presentavano non poche similitudini, essendo accomunate dalla medesima finalità di giusta attuazione delle leggi ¹⁴.

Ma il rilievo che la partecipazione al procedimento amministrativo assume nei sistemi giuridici non-anglosassoni diviene consistente solo negli ultimi venti anni.

Nell'Europa continentale, la via verso il procedimento è aperta dall'importante legge federale tedesca del 25 maggio 1976 (*"Verwaltungsverfahrensgesetz"*), che contiene una disciplina organica e compiuta non solo in materia di partecipazione intesa come diritto dell'amministrato di esser sentito e di prendere visione dei documenti, ma anche in materia di elementi, validità, ed effetti dell'atto amministrativo e del contrasto di diritto pubblico ¹⁵.

Quanto alla partecipazione come diritto dell'amministrato di esprimere la propria "voce" prima che la misura finale sia adottata, la legge tedesca prevede, come regola, la facoltà di chi è parte del procedimento di pronunciarsi sui fatti rilevanti per la decisione, in un'audizione non necessariamente orale (art. 28 della legge). Il diritto di pronunciarsi è dunque riconosciuto alle "parti", che sono il richiedente e l'opponente, coloro ai quali l'amministrazione ha indirizzato o intende indirizzare l'atto amministrativo, coloro con i quali l'amministrazione ha concluso o intende concludere un contratto di diritto pubblico, e chi possa subire una lesione dei propri interessi giuridici dall'esito del procedimento e sia stato incluso dall'amministrazione, d'ufficio o su richiesta, come parte nel procedimento medesimo (art. 13).

Le norme attribuiscono all'autorità amministrativa ampia discrezionalità nello stabilire limiti ed eccezioni al diritto della parte di esprimersi. Così, l'audizione può essere omessa, fra l'altro, se vi sia necessità di una decisione immediata, e in tutti i casi di adozione di atti amministrativi generali (rivolti ad un insieme di persone determinate o determinabili secondo caratteristiche generali); l'audizione non è garantita ove vi sia un grave contrasto con un interesse pubblico (art. 28).

Analoga è l'impostazione della normativa concernente la partecipazione come diritto dell'amministrato di accedere ai documenti amministrativi (art. 29). L'accesso è garantito solo alle parti del procedimento ed esclusivamente a protezione di loro interessi giuridicamente rilevanti. Si prevedono, inoltre, forti limitazioni al diritto d'accesso: l'amministrazione non è obbligata a consentire la "visione" degli atti e dei documenti se può esserne pregiudicato il regolare adempimento dei compiti amministrativi, se può derivarne uno svantaggio per il Paese intero o per un Land, o se gli atti debbono esser tenuti segreti per legge ovvero in virtù della loro natura. Anche in tal caso l'amministrazione gode di una discrezionalità molto estesa: si pensi all'individuazione degli atti "segreti per natura".

Solide garanzie partecipatorie, sotto il profilo sia della "voce" che della "visione", sono assicurate in riferimento ai procedimenti di approvazione di piani (artt. 72 e segg.): si prevede la piena conoscibilità degli elementi del piano, il diritto di opposizione di chiunque sia portatore di interessi toccati dal progetto, la riunione per la discussione dinanzi all'autorità responsabile.

L'ordinamento francese, a partire dalla fine degli anni Settanta, non ha voluto seguire la via tedesca di una legge generale sulle procedure: ha preferito varare leggi diverse su differenti aspetti dei procedimenti amministrativi, dalla motivazione (legge dell'11 luglio 1979), al contraddittorio (decreto del 28 novembre 1983), all'accesso ai documenti (leggi del 6 gennaio e del 17 luglio 1978), alle inchieste pubbliche (legge del 12 luglio 1983)¹⁶.

E' consentito all'amministrato - salve restando l'urgenza, le circostanze eccezionali, e le necessità legate all'ordine pubblico e ai rapporti internazionali - di esprimere la propria "voce", per iscritto o, su richiesta, anche oralmente, in procedimenti che conducono all'adozione di atti sfavorevoli, gli stessi per i quali si prevede un obbligo di motivazione del provvedimento (art.8 del decreto 28 novembre 1983).

La legge del luglio 1983 ha esteso l'impiego dell' "inchiesta pubblica" preliminare all'adozione della misura amministrativa a tutte le procedure che comportino un impatto sull'ambiente. Nel corso dell'inchiesta, gli interessati possono presentare osservazioni scritte, e il funzionario



responsabile può sentire tutti coloro che ritiene utile convocare. Così, accanto al “contraddittorio individuale” si rafforza il “contraddittorio collettivo”, in procedimenti che coinvolgono molteplici interessi, non solo di singoli ma anche di gruppi e associazioni.

La “visione” dei documenti amministrativi riceve una regolazione molto completa¹⁷. L’interessato che ne faccia domanda all’amministrazione può avere conoscenza delle informazioni “non nominative”, che non consentono l’identificazione di persone fisiche; i diretti destinatari di un provvedimento che possa recare pregiudizio, hanno facoltà di prendere visione dei relativi documenti (artt. 1-3 della legge del 17 luglio 1978). La legge determina direttamente le eccezioni e i limiti all’accesso, che riguardano casi in cui la “visione” può pregiudicare i segreti relativi alle decisioni del potere esecutivo, i segreti della difesa nazionale e della politica estera, i segreti in materia commerciale e industriale, i segreti comunque protetti per legge, l’andamento della moneta, la sicurezza pubblica, lo svolgimento di procedure giurisdizionali, la riservatezza privata, la ricerca di infrazioni fiscali e doganali (art. 6).

Un’apposita autorità amministrativa indipendente, la Commissione per l’accesso ai documenti amministrativi, è chiamata a vegliare sul rispetto del diritto dell’amministrato di avere conoscenza delle informazioni (art. 5). Chiunque trovi difficoltà nell’ottenere dalle amministrazioni l’accesso ai documenti, può presentare una rimostranza alla Commissione, la quale rilascia un parere sul caso e lo notifica all’amministrazione che ha provocato le difficoltà; è comunque obbligatorio presentare la rimostranza prima di proporre ricorso giurisdizionale. Il parere non è formalmente vincolante, ma nella prassi le amministrazioni si adeguano quasi sempre all’opinione della Commissione, che ha sviluppato fino ad oggi un orientamento molto liberale, assai più favorevole alla “visione” di quanto non sia mai stata la giurisprudenza del giudice amministrativo. La Commissione, inoltre, dà parere sulle liste di documenti sottratti all’accesso predisposte dalle varie amministrazioni sulla base dei limiti stabiliti dalla legge.

Il sistema giuridico italiano ha scelto la via della legge generale sul procedimento amministrativo (legge del 7 agosto 1990), che in questo ordinamento è legge di principi, molto più sintetica e di minor estensione contenutistica rispetto alla legge tedesca¹⁸.

La partecipazione al procedimento è garantita ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti, a quelli che per legge debbono intervenire nel procedimento, e a qualunque soggetto, portatore di interessi individuali, collettivi o diffusi, cui possa derivare un pregiudizio dalla misura amministrativa finale (artt. 7-10 della legge del 1990). Non ci si limita, quindi, come in Germania, alle sole "parti", in senso stretto, del procedimento.

Le garanzie partecipatorie si concretano nel diritto di prendere visione degli atti del procedimento, e di presentare osservazioni scritte che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare (art. 10)¹⁹. La "voce" dell'amministrato, dunque, si esprime per iscritto. La "visione" è sottoposta ad alcuni limiti. In primo luogo, l'accesso ai documenti è riconosciuto solo per la tutela di interessi qualificati giuridicamente, non di mero fatto (art. 22). In secondo luogo, vi sono aree escluse dalla conoscibilità: non si dà accesso ai documenti coperti da segreto di Stato, nè in casi di segreto o divieto di divulgazione altrimenti previsti dall'ordinamento; la legge del 1990, inoltre, affida ad un regolamento governativo (emanato il 27 giugno 1992) il compito di disciplinare altri casi di esclusione del diritto di accesso, al fine di salvaguardare la sicurezza, la difesa nazionale, le relazioni internazionali, la politica monetaria e valutaria, l'ordine pubblico, la prevenzione e repressione della criminalità, la riservatezza di terzi (art. 24). Per i casi in cui la conoscenza dei documenti possa impedire o gravemente ostacolare lo svolgimento dell'azione amministrativa, è previsto che le amministrazioni possano differire l'accesso (art. 24).

In definitiva, i limiti alla "visione" sono meno ampi di quelli previsti in Germania. Non compaiono in Italia, ad esempio, atti o documenti "segreti per natura", essendo menzionati i soli segreti stabiliti dalle leggi; e gli ostacoli che la "visione" può comportare in ordine allo svolgimento dell'attività amministrativa giustificano al più il differimento, ma non il rifiuto dell'accesso. Ma, al tempo stesso, il legislatore italiano ha avuto meno coraggio di quello americano, o del francese, evitando di definire direttamente tutti, o quasi tutti, i casi di esclusione dall'accesso, e lasciando il grosso della questione nelle mani del governo.

In ogni caso, va ricordato che per la legge italiana del 1990 le garanzie partecipatorie non si applicano ai procedimenti diretti all'emanazione di



atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione (art. 13). E' lo stesso limite della tradizione inglese, secondo cui la consultazione non vale come regola generale nelle attività amministrative a contenuto sostanzialmente legislativo o normativo: in Italia la limitazione è però aggravata dal fatto che non esistono leggi moderne sulla partecipazione nei procedimenti di piano o ad esito latamente normativo, simili a quelle britanniche, o a quelle tedesche e francesi. Ne risulta una lacuna grave per la tutela dell'amministrato.

In Europa continentale, oltre alla Germania, alla Francia, e all'Italia, altri Paesi hanno varato disposizioni importanti in materia di partecipazione procedimentale. Basti ricordare la Spagna, che ha avviato la codificazione del procedimento amministrativo, in grande anticipo rispetto agli altri Paesi, con una legge del 1889, poi riformata nel 1958 e, recentemente, nel 1993. E l'Olanda, che ha introdotto norme legislative in materia a partire dal 1992. Ma è impossibile in questa relazione di sintesi dar conto di tutte le esperienze giuridiche.

Al di fuori dell'ambito europeo, e al di là dei sistemi strettamente legati alla tradizione di *common law*, è necessario sottolineare la tradizione latinoamericana, sviluppatasi fortemente nell'ultimo quarto di secolo, con leggi dai contenuti molto ampi, che abbracciano sia la procedura, sia il regime di base della struttura, validità, ed efficacia degli atti amministrativi, sia la materia dei ricorsi amministrativi. Sotto questo profilo, le normative dell'America Latina si sono essenzialmente ispirate al modello spagnolo e a quello tedesco. Hanno seguito tale percorso, fra l'altro, l'Argentina (decreto-legge del 3 aprile 1972), l'Uruguay (decreto dell'8 agosto 1973), il Costa Rica (con la legge del 2 maggio 1978, giustamente considerata un vero e proprio manuale di diritto amministrativo), il Venezuela (con la legge organica entrata in vigore il 1 gennaio 1982), la Colombia (con decreto n. 01 del 1984).

Ci si limita qui ad alcune rapide osservazioni sulle garanzie partecipatorie assicurate dalla legge venezuelana (*Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*)²⁰. La partecipazione come diritto dell'amministrato di esprimere la propria "voce" prima della decisione amministrativa non costituisce oggetto di un principio formulato in via generale, come invece avviene nella legge argentina, ma si ricava da alcune disposizioni particolari.

Un'audizione vera e propria degli amministrati è prevista soltanto nella fase iniziale del procedimento, a proposito della procedura avviata d'ufficio: quando l'amministrazione ordina l'apertura del procedimento e la notifica agli interessati, fissa un termine di dieci giorni affinché essi esibiscano le loro prove ed espongano le proprie ragioni (art. 48). In effetti questa è una garanzia insufficiente: può essere inutile esprimersi all'inizio, perché nel successivo corso del procedimento possono emergere nuovi elementi o fatti di rilievo che l'amministrato può avere interesse a contestare. Affinché la "voce" abbia una forza effettiva, deve essere sentita quando l'istruttoria si avvia a conclusione e tutte le informazioni rilevanti sono state acquisite.

Può ritenersi che sussista questa più profonda garanzia in base alle norme sugli "interessati". Questi, in virtù di un rinvio alla legge organica sulla Corte suprema di giustizia, sono i titolari di diritti o di interessi legittimi che possano subire pregiudizio da atti del pubblico potere aventi effetti generali o particolari (art. 22); si stabilisce che gli interessati i quali non siano intervenuti all'inizio del procedimento hanno la facoltà di partecipare al medesimo in qualunque fase del suo svolgimento (art. 23). Il concetto di parte si assimila, dunque, a quello di interessato che eserciti la facoltà d'intervento²¹; non è necessario, come in Germania, un atto apposito dell'amministrazione che consideri l'interessato incluso come parte nel procedimento; basta la titolarità del diritto o dell'interesse e la possibilità del pregiudizio. L'intervento dell'interessato-parte anche in fasi avanzate del procedimento può concretarsi nella presentazione di osservazioni, in forma orale o scritta.

Per quel che riguarda la "visione" dei documenti, la legge venezuelana riconosce il diritto degli interessati di esaminare qualsiasi documento relativo alla procedura, in qualunque sua fase. Si escludono però dall'accesso i documenti qualificati come riservati dal superiore gerarchico con atto motivato (art. 59). Il principio di pubblicità e di trasparenza dell'azione amministrativa viene quindi incrinato da un'eccezione di grande peso. Riaffiora la regola del "segreto discrezionale", che affida all'amministrazione la potestà di sottrarre alla "visione" qualunque documento: l'importante limite alla discrezionalità sta nell'obbligo di motivare l'atto amministrativo di segretezza²².



Un cenno finale va fatto ad una legge recente ed ancora poco conosciuta, che ci sospinge verso un'area giuridica completamente diversa rispetto a quelle fin qui esaminate: è la legge giapponese sulla procedura amministrativa del 12 novembre 1993²³. Il sistema giapponese è di grande interesse per il diritto comparato perchè, dopo la totale chiusura verso l'Occidente durata fino alla metà del secolo scorso, si apre dapprima all'influenza degli ordinamenti di *civil law* dell'Europa continentale, soprattutto di Francia e Germania, e in seguito, dopo la seconda guerra mondiale, si ispira anche alla *common law*, specialmente nella versione nordamericana.

La legge del 1993 contiene una normativa generale di principi riguardante il solo procedimento amministrativo, e non anche il regime degli atti amministrativi e dei ricorsi. Nei contenuti presenta originalità, là dove distingue fra procedimenti ampliativi della sfera giuridica dell'amministrato (concessori, autorizzatori, di sovvenzione ecc.), procedimenti latamente ablatori, procedure che conducono a misure non cogenti, e comunicazioni all'amministrazione. Non mancano eclettismi, là dove il legislatore riprende in parte la terminologia statunitense, pur non considerando il *rulemaking*, e accoglie qualche spunto dalle tradizioni dell'Europa continentale.

Quanto alla partecipazione come diritto dell'amministrato di essere sentito prima della decisione amministrativa, per i procedimenti ampliativi si stabilisce che, quando una specifica legge disponga di considerare interessi di persone diverse dal richiedente, l'amministrazione, ove le circostanze lo rendano necessario, provveda ad assicurare a tali persone l'opportunità di essere sentite, tramite audizioni pubbliche o altri strumenti appropriati (art. 10). E' una formulazione normativa che lascia ampia discrezionalità all'amministrazione.

La regola dell' *audi alteram partem* acquista maggiore importanza, chiaramente, in relazione ai procedimenti di tipo ablatorio. Per questi la legge impone alle amministrazioni di fissare procedure di audizione dei diretti destinatari dei provvedimenti impositivi di obblighi o restrittivi di diritti: si distinguono "l'audizione formale", orale o scritta, e "la concessione dell'opportunità di spiegazione e contestazione", di regola mediante osservazioni scritte. La prima può utilizzarsi nelle ipotesi di revoca di

permessi, autorizzazioni, licenze, o nei casi di ablazioni di status, ovvero quando le amministrazioni lo ritengano opportuno; altrimenti, si percorre la via della spiegazione e contestazione. Si prevedono comunque eccezioni che escludono qualunque procedura di audizione: ciò avviene, fra l'altro, quando vi sia urgenza nell'adottare la decisione amministrativa, o quando un provvedimento governativo esoneri l'amministrazione dall'obbligo di ascoltare gli amministrati (art. 13).

Nell'audizione formale, l'amministrazione fissa una data per comparire o per presentare argomenti scritti: gli amministrati che partecipano sono i diretti destinatari del provvedimento ablatorio, ma l'amministrazione può permettere che altri soggetti interessati intervengano all'audizione. Qui, come in Germania, sta all'autorità amministrativa ammettere gli interessati al procedimento (art. 17). E' da sottolineare che la "voce", oralmente o per iscritto, può essere espressa soltanto nell'ambito dell'audizione fissata: se alcuni o tutti i destinatari o gli interessati non si presentano all'audizione o non inviano osservazioni nei termini, il funzionario responsabile può concludere la fase partecipativa e negare agli assenti qualunque ulteriore opportunità di farsi sentire (art. 23).

La partecipazione come accesso ai documenti è regolata da una norma riguardante l'audizione formale. I destinatari del provvedimento ablatorio e gli altri interessati possono prendere visione dei documenti amministrativi fino alla conclusione dell'audizione. L'eccezione è però molto ampia, ancor più dei limiti previsti per il contraddittorio: l'amministrazione può negare l'accesso quando vi sia un pericolo di pregiudizio per i terzi, e per qualunque altro giustificato motivo (art. 18). Un margine troppo ampio di scelta, che resta nelle mani dell'amministrazione.

V.
VALUTAZIONI GENERALI SULLA PARTECIPAZIONE
PROCEDIMENTALE: LE DIVERSE SORTI
DELL'UNILATERALITÀ E DELLA SEGRETEZZA

Sulla base dei sintetici raffronti comparativa fra i vari ordinamenti, è possibile svolgere alcune riflessioni generali sulla partecipazione al procedimento amministrativo e sulle garanzie effettivamente assicurate all'amministrato.



Innanzitutto, va sottolineato che le fonti normative sulle quali riposa la partecipazione sono diverse. In Gran Bretagna predomina ancora il ruolo della giurisprudenza, della *judge-made law*: sono le pronunce dei giudici ad aver stabilito le principali garanzie di partecipazione. Una tendenza analoga può riscontrarsi nell'ordinamento comunitario europeo, ove è la Corte di giustizia di Lussemburgo a dettare i principi.

Negli altri sistemi, invece, vi è stato un grande intervento legislativo in materia di procedimenti amministrativi: il legislatore ha certamente ripreso in buona parte i risultati della giurisprudenza, come è stato in Germania, ma molto spesso è andato oltre, come è accaduto in Francia, dove le leggi sulle "*procédures administratives non contentieuses*" contengono aperture garantistiche molto maggiori rispetto a quelle che erano state proprie della giurisprudenza del giudice amministrativo.

Differenti sono le tecniche legislative. In molti ordinamenti è stata varata una legge generale od organica; la Francia, come si è visto, ha preferito la via di emanare leggi diverse sui differenti aspetti della materia. Anche nell'ambito delle leggi generali si registrano diversità significative quanto alle materie regolate. In alcuni sistemi giuridici le leggi riguardano il solo procedimento amministrativo: è il caso del Giappone e dell'Italia. In altri sistemi le leggi vanno oltre il procedimento, per regolare anche il regime di fondo degli atti amministrativi e, in parte, dei ricorsi - come è accaduto in Germania, in Spagna, e nei Paesi dell'America Latina - o per disciplinare anche i nessi fra procedimento amministrativo e contenzioso giurisdizionale, come è avvenuto negli Stati Uniti d'America.

Va detto poi dell'ambito soggettivo di applicazione delle leggi sul procedimento amministrativo, aspetto di cui non si è trattato nel precedente paragrafo. Negli ordinamenti a struttura federale, tali leggi si applicano all'attività delle amministrazioni federali: nel sistema statunitense gli Stati hanno proprie leggi sulle procedure, che ricalcano la normativa federale; in Germania, i Länder applicano la legge federale per le attività di attuazione di normativa del *Bund*. Negli ordinamenti non-federali, le leggi sul procedimento si applicano integralmente alle amministrazioni nazionali, mentre gli apparati regionali e locali debbono adeguarsi ai soli principi generali. Ciò significa che le garanzie partecipatorie valgono pienamente solo per una parte dell'azione amministrativa, quella delle

strutture federali o nazionali, mentre le attività degli altri apparati amministrativi, degli Stati-membri o degli enti locali, che svolgono funzioni assai rilevanti nei rapporti con i cittadini, possono essere sottoposte a regole parzialmente diverse.

Il profilo determinante da considerare è quello relativo ai contenuti delle garanzie partecipatorie. Qui è necessario tornare alla distinzione fra la partecipazione- "voce" (*l'audi alteram partem*) e la partecipazione- "visione" (l'accesso ai documenti amministrativi).

La facoltà dell'amministrato di esprimere la propria "voce", prima che la misura amministrativa venga adottata, trova la sua estensione più ampia negli Stati Uniti d'America, dove la garanzia, sia pure in forme diverse, riguarda non soltanto le decisioni di carattere particolare (gli atti amministrativi in senso stretto), ma anche le misure di carattere generale (*il rulemaking*, gli atti di contenuto normativo o programmatico). Negli altri sistemi il principio della partecipazione- "voce" si limita alle decisioni di carattere particolare; per le altre misure, non valendo il principio, si rendono necessarie norme apposite. Regole garantistiche sui procedimenti che conducono all'adozione di alcune misure di carattere generale si hanno in Germania, per i procedimenti di piano (nella stessa legge del 1976); in Francia, per le procedure culminanti in atti che incidono sull'ambiente (nella legge del 12 luglio 1983); in Gran Bretagna, per i procedimenti di pianificazione urbanistica (ad esempio, nelle normative sul *town and country planning*). In Italia, come si è visto, le procedure di piano sono escluse dalle garanzie partecipatorie previste dalla legge generale del 1990, e non hanno ricevuto regolazioni soddisfacenti nelle normative di settore (le procedure urbanistiche sono ancora soggette alla legislazione pre-repubblicana).

Per quel che riguarda i soggetti legittimati ad esprimere la propria "voce", in alcuni ordinamenti si riconosce un più libero intervento non solo dei diretti destinatari dei provvedimenti amministrativi, ma di tutti gli interessati, cioè di coloro che rischiano di subire un pregiudizio dal provvedimento; il loro intervento è garantito senza necessità di un apposito atto di ammissione o di assenso dell'amministrazione, ed in ogni fase del procedimento: è ciò che avviene nei sistemi anglosassoni, in Francia, in Italia, in Spagna, e negli ordinamenti latinoamericani. In altri sistemi



giuridici si prevede una selezione dei possibili interventori da parte dell'autorità amministrativa, come è previsto nella legge tedesca, o si limita l'intervento ad un'apposita fase predeterminata della procedura, come è stabilito nella normativa giapponese.

Quanto all'intensità della garanzia dell'audi *alteram partem*, la consistenza dell'obbligo imposto all'amministrazione di sentire gli interessati e di tenere in adeguata considerazione la loro "voce" sembra essere più elevata, sia per la formulazione delle leggi sia per gli orientamenti della giurisprudenza, negli ordinamenti anglosassoni, in quelli latinoamericani, e nei sistemi francese ed italiano. Nell'ordinamento tedesco spettano all'amministrazione buoni margini di potere discrezionale nel decidere se si debba procedere all'audizione; una discrezionalità ancor più ampia è riconosciuta all'autorità amministrativa nel sistema giapponese.

Venendo all'altro aspetto della partecipazione, quello concernente il diritto di prendere "visione" dei documenti amministrativi, va detto che le limitazioni alle garanzie degli amministrati appaiono essere più forti di quelle relative al diritto di essere sentiti.

Ad esclusione del sistema statunitense e di quello francese, che si distinguono per la grande larghezza con la quale assicurano il diritto d'accesso, per quel che riguarda sia i soggetti legittimati ("*any person*", "*toute personne*"), sia la chiara determinazione legislativa delle eccezioni e la limitata discrezionalità amministrativa, gli altri ordinamenti soffrono ancora di una scarsa propensione alla trasparenza.

Come si è visto, in Gran Bretagna alla tradizionale ampiezza delle garanzie partecipatorie riconosciute alla "voce" degli amministrati corrispondono gravi lacune nella protezione del diritto d'accesso. Verso esiti simili sembra muovere il diritto comunitario europeo, in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia di Lussemburgo²⁴. In Giappone è tuttora in vigore il "segreto discrezionale", che consente all'amministrazione di scegliere di volta in volta se consentire o meno l'accesso. In alcuni dei sistemi latinoamericani il "segreto discrezionale" è attenuato dall'obbligo di motivazione dell'atto amministrativo che qualifica un documento come riservato. In Germania esiste un "segreto per natura", potendo l'amministrazione escludere l'accesso per quei documenti che per loro propria indole siano considerati riservati (dall'amministrazione stessa).

Sono tutte soluzioni che, in misura maggiore o minore, lasciano la materia dell'accesso nelle mani dell'autorità amministrativa che, caso per caso, è chiamata a decidere sulle richieste degli interessati. Un correttivo è rappresentato dall'individuazione delle informazioni segrete o riservate effettuata non già di volta in volta, ma per categorie o "liste" di documenti, determinate dalle varie amministrazioni su parere di una commissione tecnica indipendente. E' la soluzione adottata in Francia.

In definitiva, si è già detto che storicamente la garanzia della "voce" anticipa di molto quella della "visione". Ora può aggiungersi che in tutti gli ordinamenti considerati la protezione della "voce" è maggiore della tutela assicurata alla "visione".

Correntemente si dice che la partecipazione dell'amministrato al procedimento amministrativo riduce in estensione e intensità il potere pubblico. Tenendo conto dell'evoluzione storica e del diritto vigente in diversi Paesi, occorre distinguere fra aspetti differenti del potere: l'unilateralità, intesa come prerogativa dell'amministrazione di procedere e decidere senza consultare gli interessati e senza considerare adeguatamente le loro osservazioni, si è attenuata prima e più della segretezza, che si rivela assai più resistente.

L'audi alteram partem, come si è visto, è regola che si è rafforzata fino a raggiungere talvolta, in via di principio o per disposizioni specifiche, le procedure di formazione degli atti amministrativi a carattere generale. Anche quando la misura finale rimane strutturata come atto unilaterale, l'incidenza degli interessati sul processo decisionale è venuta ad assumere un peso rilevante. In molti casi poi - ma questo è un profilo che non può trattarsi qui *ex professo* - la stessa struttura della decisione finale si modifica, divenendo convenzionale o pattizia: qui l'unilateralità cade del tutto, e forse oggi, in diversi ordinamenti, l'atto amministrativo, che un tempo era il baricentro di ogni sistema, cede il passo al contratto e all'accordo.

L'accesso, invece, è diventato gradualmente principio, superando il canone del segreto, ma rimane ancora costellato di limiti ed eccezioni, la cui esatta definizione resta affidata ad un'eccessiva discrezionalità dell'amministrazione.



Tutto ciò significa che la partecipazione al procedimento e all'attività amministrativa ha conosciuto, specialmente negli ultimi venti anni, un grande potenziamento, ma è tuttora incompiuta. Il contraddittorio fra amministrazione e amministrato è imperfetto, perchè soffre di una grave asimmetria informativa: la "voce" dell'amministrato non è sostenuta da un'adeguata "visione", che costituisce il presupposto logico della pertinenza, della rilevanza, della completezza delle osservazioni e delle contestazioni degli interessati.

Certamente i segreti non possono cadere del tutto. Ma è necessario che, seguendo e perfezionando il modello francese e l'americano, si proceda a riservare alla legge l'individuazione degli atti riservati o dei criteri per giustificare la segretezza; che si pongano comunque limiti temporali certi anche ai segreti più delicati dell'ordinamento; che si preferisca la via di enucleare, ai fini dell'eventuale limitazione o esclusione dell'accesso, serie o categorie di documenti, evitando la decisione caso per caso; che si affidi il coordinamento delle amministrazioni in materia di accesso ad un organismo tecnico indipendente.

Senza ulteriori attenuazioni della segretezza, dottrina e giurisprudenza potranno parlare di autentici diritti partecipativi dell'amministrato, ma ciò non corrisponderà agli equilibri effettivi fra le parti in gioco.

VI. PARTECIPAZIONE E DEMOCRAZIA?

In molti degli ordinamenti esaminati grande attenzione è dedicata ai nessi fra potenziamento della partecipazione alle attività amministrative e rafforzamento della democrazia. Lo stesso linguaggio legislativo talora contiene espressioni significative: la legge francese del 12 luglio 1983 riguardante le operazioni amministrative incidenti sull'ambiente è intitolata alla "*démocratisation*" delle inchieste pubbliche. La dottrina, soprattutto inglese e americana, è ricca di riflessioni sui rapporti fra nuovi istituti di diritto amministrativo e garanzie democratiche²⁵.

Per stabilire se vi sia un nesso effettivo fra i due termini che qui si considerano, la partecipazione amministrativa e la democrazia, è indispensabile tornare alla distinzione, accennata nel primo paragrafo,

tra le varie forme di partecipazione dell'amministrato alle funzioni e ai compiti amministrativi.

Nella cosiddetta partecipazione istituzionale od organica, quella che consente agli amministrati di entrare a "far parte" di organi amministrativi, si ritrovano indubbiamente alcuni tratti tipici della democrazia politica: in primo luogo, il rapporto di rappresentanza o di rappresentatività che corre tra quegli amministrati e i gruppi che li esprimono o li designano come titolari di collegi amministrativi; in secondo luogo, il fatto che gli esponenti di quei gruppi vengono ad essere inseriti all'interno di un organo che adotta decisioni pubbliche. Si è già detto che tale forma di partecipazione ha dato luogo a disfunzioni e fallimenti in alcuni sistemi giuridici: in Italia è stato uno dei veicoli dell'invasione di partiti e sindacati nell'ambito della pubblica amministrazione ²⁶.

La partecipazione alla contrattualità amministrativa riguarda soprattutto i rapporti fra pubblica amministrazione e imprese. Negli ordinamenti ispirati al *droit administratif*, all'inizio del nostro secolo l'uso di convenzioni e contratti soggetti al diritto privato era visto come deroga radicale alla specialità del diritto amministrativo, deroga che consentiva alle "controparti" dell'amministrazione, cioè fondamentalmente alle imprese private contraenti, una posizione di parità con il potere pubblico e, spesso, una serie di privilegi sconosciuti agli altri amministrati ²⁷. Con il tempo i privilegi si sono attenuati ed è comparso un maggior controllo pubblico sui contraenti e su coloro che aspirano ad esserlo: le normative comunitarie europee sulle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori, forniture, e servizi, sono buona testimonianza di ciò. Ma questo tipo di partecipazione rimane estraneo ad un nesso diretto con le garanzie democratiche.

La partecipazione che si concreta in una devoluzione agli amministrati di funzioni amministrative, restando l'amministrazione titolare di potestà di controllo, può dar luogo a forme di deregolazione o liberalizzazione più o meno intensa di attività economiche, come avviene nei casi di imprese che sostituiscono all'autorizzazione amministrativa una semplice denuncia di avvio dell'attività, o una dichiarazione di voler svolgere certi servizi, utilizzata nel settore delle telecomunicazioni in base alle normative comunitarie; la partecipazione-devoluzione può anche condurre a forme di autoregolazione di settori, come è per la disciplina dei mercati finanziari,



sempre più affidata alle mani degli operatori economici, in Paesi sia di *commion law* che di *civil law*. Qui il dato di fondo è lo sviluppo della libertà economica, che può sfociare in esiti diversi. Nel caso dei mercati finanziari, l'amministrato che "partecipa", svolgendo funzioni amministrative di regolazione, è l'intermediario o la società emittente titoli. Il rafforzamento del suo ruolo può coniugarsi con il dominio degli imperativi dell'economia finanziaria, secondo logiche estranee agli interessi di un più ampio numero di amministrati, che sono i risparmiatori, gli investitori: in tal caso si è parlato, sotto il profilo politologico, di "democrazia vacillante"²⁸. Oppure, si può raggiungere un equilibrio fra le libertà economiche di tutti gli "attori", che difficilmente sgorga spontaneo dalle sorgenti di una "mano invisibile", e più realisticamente dipende da una buona supervisione di autorità pubbliche sui comportamenti degli operatori.

La partecipazione degli amministrati in funzione di controllo sul rendimento dei servizi pubblici può dar luogo alla costituzione di appositi comitati di utenti, esterni all'amministrazione, o più raramente all'istituzione di organismi a composizione mista, interni agli apparati amministrativi, come avviene in Italia nel campo dell'informazione radiotelevisiva. Spesso questo tipo di partecipazione prescinde da strutture organizzative apposite e si esprime in periodiche audizioni pubbliche, le quali non si inseriscono in procedimenti amministrativi veri e propri. Vi è qui un rafforzamento del controllo sociale sull'amministrazione, molto evidente negli ultimi anni all'interno degli ordinamenti eurocontinentali: ne derivano possibili effetti di maggiore democraticità, soprattutto nei sistemi in cui le organizzazioni degli utenti e dei consumatori sono capaci di assumere un ruolo non soltanto contestativo, ma anche propositivo.

Infine, si deve tornare all'aspetto principale, riguardante la partecipazione ai procedimenti amministrativi. Qui il nesso immediato è oggi con il pluralismo, inteso in senso fattuale e non ideologico, come oggettiva pluralità di istanze e di interessi che vengono legittimati all'intervento nelle procedure amministrative.

Storicamente l'intervento procedimentale è garantito dapprima ad interessi forti, come quelli della proprietà e dell'impresa: in Europa continentale uno fra i primi procedimenti ad essere disciplinato per legge è quello

dell'espropriazione, che assicura un contraddittorio preliminare al proprietario; negli Stati Uniti d'America l'*Administrative Procedure Act* del 1946, e tutto il suo impianto garantistico, trova la sua genesi nelle pressioni di proprietari e imprenditori ostili al rafforzamento dei poteri amministrativi.

In seguito le garanzie partecipatorie vengono riconosciute a sfere di interessi sempre più estese, e si generalizzano. Però, fino a quando la partecipazione riguarda soprattutto la facoltà degli amministrati di far sentire la loro "voce" prima della decisione, e in minima misura la "visione" dei documenti, il risultato concreto è che ne sono avvantaggiati i soggetti dotati della voce più forte, e di *inside contacts* con il potere idonei a colmare la lacuna del diritto d'accesso negato. Dunque, la pluralità degli interessi finisce per risolversi nella diseguaglianza fra amministrati, nel persistere del privilegio di pochi fra loro, nella maggiore capacità di negoziazione dei gruppi meglio organizzati, nell'inevitabile pregiudizio, "*bias*", dell'amministrazione a favore di tali gruppi. Si può dire che il pluralismo fattuale ribalta il pluralismo ideologico, il quale da Bentley in avanti aveva affermato che il risultato della competizione pluralistica si traduce comunque in un virtuoso equilibrio naturale ²⁹.

L'esito di quella competizione, in realtà, il più delle volte va nel senso di un profondo disequilibrio, di un difetto di democraticità.

Si rendono quindi necessari alcuni correttivi. Si è già visto che il potenziamento della garanzia della "visione", oggi ancora piuttosto fragile, avrebbe effetti rilevanti al fine di consentire un intervento più compiuto di ciascun amministrato nella procedura; si può ora aggiungere che il rafforzamento e l'allargamento del diritto d'accesso alle informazioni amministrative potrebbe anche ridurre le diseguaglianze fra amministrati, attenuando i privilegi assicurati a pochi dai loro *inside contacts* con l'autorità decidente.

Si pone poi il problema della discrezionalità. Molti autori hanno sottolineato che il procedimento amministrativo assicura più solide garanzie agli amministrati poichè comporta una riduzione del potere discrezionale. Una precisazione si rende necessaria. E' indubbio che storicamente la progressiva limitazione del potere discrezionale ha



significato maggiore tutela del cittadino. E' anche vero, però, che nei sistemi contemporanei, basati su di un'estesa pluralità di istanze degli amministrati, la caduta della discrezionalità può anche significare cedimento dell'amministrazione nei confronti dei suoi interlocutori più forti. Secondo l'ideologia pluralistica classica, lo Stato dovrebbe limitarsi ad essere "arbitro benevolo" della competizione fra gruppi, per facilitare così il formarsi del già menzionato "equilibrio naturale" fra gli interessi di parte, che si identificherebbe con l'interesse pubblico. In realtà, l'arbitro benevolo aspetta un equilibrio che non è mai esistito. L'amministrazione dovrebbe piuttosto comportarsi da "autorevole giudice" o da "attento selezionatore" di istanze. Ciò non significa che la discrezionalità debba espandersi anziché diminuire. E' necessario distinguere.

Certamente la discrezionalità deve diminuire, e si è effettivamente ridotta, là dove si tratta di consentire l'espressione della "voce" degli amministrati; e dovrebbe essere meno estesa di quanto è oggi, per quel che si è visto, in materia di "visione" dei documenti.

Al tempo stesso, la discrezionalità può trovare nuova espansione per quel che concerne il potere dell'amministrazione di "plasmare", secondo l'espressione tedesca, il singolo procedimento: le leggi recenti, come si è visto, dettano norme alquanto generali sulle procedure; non esistono sequenze fisse e predeterminate; sta all'amministrazione individuare la migliore sequenza ed articolazione del procedimento in ragione delle esigenze concrete, anche per quel che riguarda la forma orale o scritta dell'audizione e le tecniche dell'accesso. E', se si vuole, una discrezionalità "strumentale" dell'amministrazione, che si avvia ad essere ben più ampia di quella goduta dalle amministrazioni quando erano chiamate ad attuare dettagliate leggi di settore su singole procedure, e che certamente consente al potere pubblico di "governare" meglio il procedimento, evitando anche un "sovraccarico" di interventi ³⁰.

Inoltre, lo stesso rafforzamento ed il moltiplicarsi delle opportunità di partecipazione degli amministrati tende a rendere più ampia la materia sulla quale si esercita il potere discrezionale, in termini sia di selezione degli interessi pertinenti e rilevanti per la decisione, sia di valutazione comparativa fra quelli considerati rilevanti. Ciò non significa rischio di arbitrio, perché se è vero che si allarga la sfera oggetto di selezione e

valutazione amministrativa, è anche indubitabile che si potenzia la verificabilità del potere amministrativo. In tutti i sistemi, oggi anche in quelli di *common law*, il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità si è infatti sviluppato profondamente, fino a ricomprendere il sindacato sostanziale sull'adeguata considerazione di tutti gli interessi in gioco, e la stessa esistenza di una procedura partecipativa rende l'intera funzione amministrativa più palese e controllabile dal giudice sotto il profilo del rispetto della correttezza procedurale. L'ampliamento dei contenuti del potere discrezionale, e al tempo stesso il rafforzamento della sua verificabilità, possono consentire all'amministrazione di individuare nel processo decisionale l'alternativa più conforme ad un pubblico interesse che si emancipi dall'interesse del gruppo prevalente, o da una qualche semplice sommatoria delle istanze fatte valere dagli amministrati o da alcuni fra essi.

Va sottolineato, infine, che in molti sistemi giuridici le attività istruttorie e decisionali sono sempre più affidate a funzionari dotati di un crescente margine di autonomia dagli organi politici di vertice delle amministrazioni. E' così, in diversa misura, per gli *hearing officers* e gli *administrative law judges* (che non sono giudici, ma funzionari amministrativi) del sistema statunitense, per i "responsabili del procedimento" italiani, per i *presiding officials* giapponesi. L'autonomia amministrativa si fa ancora più forte nel caso delle cosiddette autorità amministrative indipendenti, come quelle che in diversi sistemi valutano il rispetto delle regole *antitrust*: tali autorità godono di forte autonomia nei confronti del governo, ed agiscono con poteri ora discrezionali, ora di interpretazione e applicazione della legge secondo schemi simili a quelli propri della funzione giurisdizionale.

La crescente autonomia ed *expertise* tecnica delle amministrazioni, e il ruolo "giustiziale" delle autorità amministrative indipendenti, dovrebbero diminuire il rischio di *bias*, di pregiudizio, a favore di alcuni fra tutti gli interessi manifestati nel procedimento.

Certamente, il pericolo di una "cattura" delle amministrazioni da parte dei loro interlocutori più forti è sempre possibile. Ma la combinazione dei rimedi proposti, consistenti in un maggiore spazio da riconoscere alla "visione", in un diverso dosaggio della discrezionalità nei modi indicati, in una progressiva emancipazione dell'amministrazione dai politici,



potrebbe contribuire ad assicurare l'esistenza di un nesso fra partecipazione al procedimento e crescita della democraticità ben più intenso di quello che oggi ci è consentito di vedere.

NOTE

1. Vi è un'ampia letteratura dedicata all'analisi del procedimento amministrativo in diritto comparato: v., fra l'altro, A.R. Brewer-Carias, *Principios del procedimiento administrativo*, Madrid, 1990; M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992; Barrios Vázquez (coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Madrid, 1993; L. Torchia (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Padova, 1993; R. Caranta, *Procedimento amministrativo in diritto comparato*, in "Digesto", vol. XI Pubblico, Torino, 1995.
2. Sull'importanza fondamentale di questi due aspetti v. F. Ledda, *La partecipazione all'azione amministrativa*, in G. Berti - G.C. De Martin (a cura di), *Gli istituti della democrazia amministrativa* Milano, 1996, p. 29 ss.
3. Riflessioni interessanti, in chiave storica, intorno alla sovranità esercitata in modo giustiziale possono ritrovarsi in B. Barret-Kriegel, Jean *Bodin et la naissance de l'Etat administratif*, in Id., *Les chemins de l'Etat*, Paris, 1986, p. 33 ss., ove si contrappone l'*Etat de justice* della tradizione anglosassone all'*Etat administratif* francese.
4. Per una trattazione generale di questi temi si veda P. Jackson, *Natural Justice*, London, 1979.
5. V., fra gli altri, P. Birkinshaw, *Grievances, Remedies and the State*, London, 1985, p. 21 ss.
6. Sul *due process* in diritto amministrativo v. J.L. Mashaw, *Due process in the Administrative State*, New Haven, 1985.
7. *R. v. University of Cambridge (Bentleys case)*, (1723) 1 Str. 557.
8. *Cooper v. Wandsworth Board of Works*, (1863) 14 CB (NS) 180.
9. *Ridge v. Baldwin*, 1964 A.C. 40.
10. Su tale limite v. H.W.R. Wade, *Administrative Law*, Oxford, 1988, p. 573 s.
11. V. in proposito G.F. Ferrari, *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni*, in G. Arena (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1991, p. 117 ss.
12. Per la descrizione della struttura generale dell'*Administrative Procedure Act* si veda Gellhorn and Byse's *Administrative Law*, Westbury, 1995, p. 238 ss.
13. Su queste due leggi v. Gellhorn and Byse's *Administrative Law*, cit., p.909 ss., e 948 ss.
14. Sull'evoluzione storica della normativa austriaca in materia di procedimento amministrativo v. H. Schaffer, *Il procedimento amministrativo in Austria nel XIX e XX secolo (evoluzione, struttura, filosofia)*, in A. Giuliani - N. Picardi (a cura di), *Educazione giuridica, VI - Modelli storici della procedura continentale*, tomo II, Napoli, 1994, p. 587 ss.

LA PARTECIPAZIONE DEGLI AMMINISTRATI ALLE ATTIVITA'
E ALLE FUNZIONI AMMINISTRATIVE

15. Intorno alla legge tedesca del 1976 v., fra l'altro, A. Masucci (a cura di), *La codificazione del procedimento amministrativo nella Repubblica federale di Germania*, Quaderno della Rivista "Problemi di amministrazione pubblica", n. 2, 1979, con scritti di A. Masucci, C.H. Ule e H.W. Laubinger, P. Badura, W. Schmitt-Glaeser; E.J. Eberle, *The West German Administrative Procedure Act: A Study in Administrative Decision Making*, in "Dickinson Journal, of International Law", vol. 3:1, 1984, p.67 ss.; H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 1986, spec p. 68 ss.
16. V., in generale, Y. Gaudemet, *La codification de la procédure administrative non contentieuse en France*, in "Recueil Dalloz Sirey", 1986, Chronique XVII, p. 107.
17. Sulla parteci azione-"visione" in Francia v., fra l'altro, B. Lasserre - N. Lenoir - B. Stirn, *La transparence administrative*, Paris, 1987; e AA.VV., *Information et transparence administratives*, a cura del Centre Universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, Paris, 1988.
18. Per un commento generale alla legge 241. del 1990 v. G. Corso - F. Teresi, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Rimini, 1991; per una serie di valutazioni sulla prima attuazione della legge v. Atti del Convegno di Siena (30 ottobre 1992) su *La trasparenza amministrativa a due anni dalla legge 7 agosto 1990, n. 241*, in Supplemento a "Mondo Economico" n. 9 del 27 febbraio 1993.
19. Sulle- garanzie partecipatorie riconosciute dalla legge italiana del 1990 v., fra l'altro, G. Arena (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1991; G. Arena, *Trasparenza amministrativa* in "Enciclopedia giuridica", Roma, 1995; AA.VV., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, 1992; A. Pubusa, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla legge 7 agosto 1990, n. 241* Torino, 1993.
20. Per un commento generale alla legge venezuelana v. A. R. Brewer-Carias, H. Rondon De Sanso, G. Urdaneta Troconis, *Ley Orgánica de procedimientos administrativos*, Caracas, 1989.
21. Sul punto v. A. R. Brewer-Carias, *Principios del Procedimiento Administrativo*, cit., p. 151 ss.
22. V. ancora A. R. Brewer-Carias, *Principios*, cit., p. 154 ss.
23. Ringrazio il collega Takehisa Nakagawa, dell'Università di Kobe, per avermi fornito il testo della legge giapponese nella traduzione inglese, curata da Katsuya Uga, dell'Università di Tokyo.
24. V., fra l'altro, Court of Justice of the E.C., Judgment Nov. 28, 1991, Case C-170/89, *Bureau Européen des Unions de Consommateurs v. Commission*, in "Common Market Law Review", 1993, I, p. 155 ss., in materia di normative antidumping.
25. Si veda P.P. Craig, *Public Law and Democracy*, Oxford, 1990.
26. Stilla partecipazione istituzionale od organica v. M. Cammelli, *L'amministrazione per collegi*, Bologna, 1980.
27. Sui privilegi delle imprese contraenti v. M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981.
28. Così I. Ramonet, *Chancelante démocratie*, in "Le Monde diplomatique", Ottobre 1996.
29. Il riferimento è a A. F. Bentley, *The Process of Government*, Cambridge (Massachusetts), 1908, opera fondamentale per lo sviluppo del pensiero pluralistico moderno negli Stati Uniti d'America.
30. Il punto è trattato con chiarezza da E. Cardì, *Procedimento amministrativo*, in "Enciclopedia giuridica", Roma, 1995.

LA PARTICIPACION CONTRALORA

**(COMENTARIOS SOBRE LA PARTICIPACION DE LOS
ADMINISTRADOS CON FINES DE CONTROL)**



**LA PARTICIPACION CONTRALORA
(COMENTARIOS SOBRE LA PARTICIPACION DE LOS
ADMINISTRADOS CON FINES DE CONTROL)**

**Por Gustavo Urdaneta Troconis
Magistrado de la Corte Primera
de lo Contencioso Administrativo**

Dentro de la tendencia actual a profundizar la democracia y acortar la distancia tradicionalmente existente entre las autoridades y los ciudadanos, el ordenamiento positivo venezolano ha ido introduciendo, en forma expresa, diversos mecanismos de participación comunitaria. Esta consiste en la intervención de los ciudadanos en el proceso de toma y ejecución de decisiones públicas; no se trata de la toma de la decisión en sí, que por definición pertenece a los órganos estatales y no a los ciudadanos, sino de una colaboración en los procesos conducidos por esos órganos públicos, sin por ello asumir la responsabilidad de las decisiones concretas.

Dentro de este reciente proceso legislativo debe ser destacada particularmente la Ley Orgánica de Régimen Municipal, promulgada en 1978, en la cual se consagró todo un título especialmente consagrado a la "participación de la comunidad", en el cual se preveían -por primera vez en Venezuela, en esta forma sistemática- una serie de mecanismos y figuras orientados fundamentalmente a la participación vecinal (Título IX, artículos 147 al 156). Al ser sustituido ese texto legal por la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989, se conservó el referido título (ahora Título X, artículos 167 al 180), en el cual se introdujeron algunos cambios tendientes a propiciar el incremento y potenciación de la participación.

Algunos de los mecanismos previstos en esta ley buscan hacer sentir el parecer vecinal en los procesos de toma de decisión, es decir, están orientados a que los deseos, expectativas y puntos de vista de los vecinos sean tomados en cuenta por las autoridades municipales en el momento en que van a tomar decisiones que los afecten.

Otros, en cambio, podrían calificarse de verdaderos mecanismos de control, en el sentido de que van encaminados a atacar o cuestionar algunas conductas asumidas por las autoridades municipales.

Estos últimos podrían ser calificados como mecanismos de participación contralora, para poner de relieve su especificidad respecto de los primeros. Es de hacer notar que sobre esta específica forma de participación no suele la doctrina -y, probablemente, tampoco los movimientos vecinales- fijar demasiado la atención, consagrandole mayor dedicación a las figuras destinadas a incidir principalmente en la toma de decisiones.

El objetivo específico de esta línea es analizar esquemáticamente este tipo de mecanismos de participación contralora, cuya aparición en el escenario institucional podría estar propiciándose por el auge del deseo de una mayor participación, en general, pero que también podría estar significando una creciente sensación de ineficacia o, al menos, insuficiencia de los mecanismos tradicionales de defensa y/o ataque contra la Administración, configurados por los recursos jurisdiccionales.

En este último sentido se ha venido propugnando el establecimiento de otra categoría de mecanismos de participación, también contralora, pero de corte más bien preventivo, destinados a convertir a los ciudadanos en vigilantes de operaciones, obras o procesos, con la idea de que la presencia de aquéllos redundará en un mejor y más correcto desempeño de éstos. Estos mecanismos, que podrían denominarse de control preventivo, han venido siendo propuestos, concretamente, para la reforma del sistema electoral, aunque de una manera más informal han sido puestos en práctica por algunas administraciones municipales.

Veamos primero los mecanismos de tipo correctivo, para luego hacer una breve referencia a estos otros, de carácter preventivo.

I. PARTICIPACION CONTRALORA CORRECTIVA

En el Título X de la vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal están consagradas diversas formas de participación que, como antes se destacó, no están orientadas tanto a lograr hacer sentir ante las autoridades municipales los deseos y necesidades de las comunidades, a fin de que los mismos sean tomados en cuenta en el momento de adoptar decisiones futuras que puedan afectar a aquéllas; más bien, están pensados para ofrecer a sus integrantes medios adicionales a los tradicionales -y, pretendidamente,



más eficaces- para atacar decisiones ya adoptadas. Dentro de éstos, puede a su vez distinguirse entre unos mecanismos propiamente impugnatorios de actos o decisiones ya tomados y otros que tienden a reparar las omisiones o incumplimiento de obligaciones por parte de dichas autoridades.

1. Mecanismos impugnatorios

Los administrados cuentan, a fin de poder atacar decisiones adoptadas por las autoridades públicas, en general, y municipales, en particular, con los tradicionales recursos administrativos y contencioso-administrativos. Sin embargo, el marco de actuación de tales medios de ataque puede revelarse restringido, dado que los mismos -sobre todo, los últimos- están al servicio del mantenimiento del principio de legalidad; por tanto, su virtualidad impugnatoria se limita a los debates basados en la contrariedad al derecho. En cambio, cuando el desacuerdo con un determinado acto se funda en razones de oportunidad o conveniencia, tales medios de ataque son de poca ayuda.

La legislación municipal ha consagrado otros mecanismos -de corte bastante poco ortodoxo- mediante los cuales pueden ser impugnados actos formales de las autoridades municipales, por razones no necesariamente basadas en la contrariedad al derecho.

A. La reconsideración de ordenanzas

Así, dentro de los mecanismos de participación vecinal de carácter impugnatorio, cabe mencionar uno que ya existía en la anterior Ley Orgánica de Régimen Municipal, que es la solicitud de reconsideración de ordenanzas (artículos 176 a 179, LORM). Una vez sancionada y promulgada una ordenanza (salvo que sea la de presupuesto o una de carácter tributario), los vecinos pueden solicitar del Concejo la reconsideración de la misma, dentro de los tres meses siguientes a su publicación; la solicitud, que debe ser formulada por diez por ciento (10 %) de los vecinos de la comunidad, ha de ser razonada y el Concejo está obligado a decidir dentro de los sesenta días siguientes acerca de los pedimentos, que pueden consistir en la modificación de alguna de las disposiciones de la ordenanza o en el levantamiento de la sanción a toda o parte de ella.

Se trata de un mecanismo de impugnación bien importante contra actos de naturaleza legislativa, como son las ordenanzas, que no tiene parangón en ninguno de los otros niveles territoriales del Poder Público. Tiene un poderoso refuerzo, consistente en la suspensión de los efectos de la ordenanza objetada, en caso de que el Concejo no se pronuncie dentro del plazo de sesenta días; la suspensión de la ordenanza dura igualmente sesenta días, dentro de los cuales cualquier vecino (y ya no un grupo de ellos) puede impugnarla ante la Corte Suprema de Justicia, mediante un procedimiento jurisdiccional muy breve y expedito, el previsto específicamente en la ley para el caso de anormalidad institucional o, como se le conoce más corrientemente, de conflicto de autoridades (artículo 166).

Pues bien, este mecanismo brinda la posibilidad a los vecinos de una comunidad de atacar, ante el propio órgano legislativo local, las ordenanzas con cuyo contenido no estén de acuerdo, aunque no necesariamente sean ilegales o inconstitucionales.

Desde luego, en caso de no ser modificada la ordenanza por el propio Concejo Municipal y abrirse el acceso al recurso especial de nulidad ante el Supremo Tribunal, ante éste podrán ser aducidos solamente motivos de ilegalidad o inconstitucionalidad; pero en todo caso, esto abre un campo bien interesante para impugnar ordenanzas, cuando las adoptadas contemplen decisiones que -como a veces ocurre- no gozan del consenso de los vecinos, como podría ocurrir, por ejemplo, con los planes y ordenanzas urbanísticas.

B. El referéndum impugnatorio

Debe señalarse también otro mecanismo de control vecinal de este tipo, que sí es una innovación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal vigente: el referéndum. Este mecanismo de consulta popular hasta ahora no había tenido prácticamente cabida en nuestro ordenamiento positivo, salvo en el caso más bien excepcional del procedimiento de reforma constitucional, previsto en la Constitución (artículo 246, ordinal 4º). En la reforma municipal de 1988-89 fue incluido como un mecanismo de participación que puede tener un uso más frecuente, pues está previsto como medio de consulta popular respecto de ordenanzas (salvo la de presupuesto y las tributarias, como en el caso anterior) o cualquier otro asunto de interés colectivo (artículo 175, LORM).



Ahora bien, el referéndum puede ser convocado ya sea por decisión espontánea de la Cámara, tomada mediante voto calificado, ya sea a solicitud de los vecinos de la entidad, en un número no menor del diez por ciento (10 %) de los mismos; es en este segundo caso cuando el referéndum puede convertirse en un mecanismo de control por parte de los vecinos, por la vía de la impugnación de una ordenanza ya aprobada o de alguna otra decisión ya tomada por las autoridades municipales. La Cámara está entonces obligada a convocar a referéndum dentro de los treinta días continuos siguientes a la sesión en que se dio cuenta de la solicitud de los vecinos y el acto ha de celebrarse, bajo la responsabilidad del Consejo Supremo Electoral, dentro de los sesenta días continuos siguientes a la convocatoria. Señala la ley que, cuando se trate de una ordenanza sometida a referéndum, ésta requerirá para su validez la aprobación de la mayoría de los votos válidos emitidos.

Vemos, pues, que este segundo mecanismo otorga a los vecinos un mayor poder que el anterior: mientras que en la solicitud de reconsideración los vecinos tienen una simple iniciativa, pero el control propiamente dicho lo ejerce un órgano público (el propio Concejo, en vía interna, o la Corte, en la vía jurisdiccional), en éste es la propia comunidad quien ejerce el control, mediante el sufragio emitido en el referéndum. También es más amplio en su alcance, puesto que puede ser utilizado para revisar otro tipo de decisiones, además de ordenanzas; y es más amplio igualmente en la finalidad del control, puesto que el primero, al menos en sede jurisdiccional, está limitado a controlar la juridicidad de la ordenanza impugnada, mientras que el referéndum puede aplicarse por cualquier tipo de contrariedad con el contenido u oportunidad del acto sometido al mismo.

C. El referéndum revocatorio del mandato

El referéndum también es utilizado en la Ley Orgánica de Régimen Municipal en el caso de la llamada revocatoria del mandato del Alcalde. A pesar de tratarse igualmente de un mecanismo de participación, en el sentido de que la comunidad es consultada, es conveniente poner de relieve las diferencias que tiene frente a los mecanismos antes indicados. En los dos primeros, se trata de actos o decisiones ya aprobados por autoridades municipales, cuya juridicidad o legitimidad es cuestionada por los vecinos. Este último se refiere, en cambio, no a la validez o invalidez de una decisión concreta, sino a la continuidad del Alcalde en su cargo, cuya

legitimidad política ha sido puesta en cuestión, no por iniciativa de los vecinos, sino por el otro órgano del gobierno municipal, el Concejo Municipal; en este caso, la participación de los vecinos no surge espontáneamente de ellos mismos, sino que es requerida por el mecanismo institucional puesto en marcha por la improbación de la memoria, adoptada por el Concejo. De allí que, aun cuando implica un instrumento de control en manos de los vecinos, su clasificación como un verdadero mecanismo de participación de carácter impugnatorio se dificulta un poco.

2. Mecanismos de reparación de omisiones o abstenciones

A diferencia de los mecanismos de control de corte impugnatorio, existen otros en manos de los vecinos, que no persiguen cuestionar la validez de una decisión ya tomada, sino instar a las autoridades municipales para que tomen una decisión o realicen una actuación a la que están legalmente obligadas, o, en caso de renuencia, a reparar esa abstención u omisión.

A. Omisión de declarar la pérdida de investidura

Se trata, en primer lugar, de la solicitud de declaratoria de pérdida de la investidura (artículo 68, LORM). Sabido es que la Ley Orgánica de Régimen Municipal establece diversas circunstancias que acarrearán la pérdida de la investidura de Alcalde o de Concejales. Ocurrida la causal, el Concejo está obligado a declarar la pérdida de la investidura del Alcalde o del Concejales a quien la causal afecte.

Ahora bien, si el Concejo se abstiene de pronunciar tal declaratoria, la ley otorga a cualquier vecino legitimación para solicitarla del propio Concejo. Según la ley derogada, la solicitud en caso de abstención la formulaba el vecino directamente ante la Corte Suprema de Justicia (artículo 56, aparte último, LORM de 1978). Pero la ley vigente prevé una primera solicitud ante el propio órgano legislativo municipal; es sólo en caso de renuencia de este último, ya sea porque deje pasar treinta días sin producir el pronunciamiento, ya porque lo produzca en sentido negativo, cuando el vecino podrá acudir ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. En ese momento, ya estaremos en presencia de un recurso jurisdiccional, cuya naturaleza parece ser la de un recurso en carencia o por abstención de tipo especial.



Lo interesante y novedoso es que ahora la ley permite una instancia en el mismo nivel municipal, antes de acudir a la vía jurisdiccional. Dentro de la perspectiva que ahora nos interesa, debe destacarse que la Ley Orgánica de Régimen Municipal no regula este mecanismo dentro del título correspondiente a la participación de la comunidad. Pero parece claro que el propósito tenido en mente por el legislador de 1989 cuando lo incluyó en la ley fue el de hacer intervenir también a los vecinos ("cualquier ciudadano del Municipio", reza el artículo comentado) en la vigilancia sobre el correcto cumplimiento de la ley en lo que se refiere a la legitimidad de las autoridades.

B. Omisión de declarar la inexistencia de convenios lesivos del patrimonio municipal

Farecidos a ese mecanismo de control de abstenciones en manos de los vecinos, encontramos otros en materia de protección del patrimonio inmobiliario municipal. Así, la ley establece una serie de restricciones a los Municipios en relación al tráfico sobre sus inmuebles, ya sean del dominio privado o del dominio público, entre las cuales se encuentran, según los casos, importantes limitaciones para donarlos, o darlos en usufructo o comodato, y la prohibición de darlos en enfiteusis (artículo 109, LORM); tales restricciones intentan atacar la reprochable tendencia de algunas autoridades municipales a descapitalizar el patrimonio inmobiliario de la entidad. La ley sanciona el incumplimiento de tales restricciones con la inexistencia del convenio, acuerdo o contrato de que se trate. El Concejo está obligado a pronunciar la correspondiente declaratoria de inexistencia; pero, si no lo hiciera, cualquier vecino puede solicitársela. Al igual que en el caso anterior, ante la renuencia del Concejo (negativa o falta de pronunciamiento, dentro de los sesenta días siguientes), puede el vecino ocurrir, no ante la Corte Suprema de Justicia, como en el caso anterior, ni ante el juez de primera instancia de la jurisdicción, como lo preveía la ley derogada, sino ante el juez competente en lo contencioso-administrativo de la jurisdicción, a fin de que declare de pleno derecho la inexistencia.

De una manera más genérica, la ley ordena al Alcalde que ejerza las acciones y tome las medidas pertinentes para el reconocimiento y rescate de la propiedad o posesión de los ejidos y demás inmuebles municipales que hayan sido enajenados con violación de las disposiciones constitucionales

y legales de protección, o que estén siendo detentados sin causa o justo título (artículo 184, LORM). En caso de que el Alcalde se abstenga de actuar, cualquier vecino podrá solicitar la intervención de un Fiscal del Ministerio Público para que lo inste a actuar o para que, en caso de abstención, inicie el procedimiento de averiguación que corresponda, para el ejercicio de las acciones a que hubiere lugar. Vemos claramente que, en este caso, el mecanismo de control de la abstención por parte de los vecinos es, a diferencia de los anteriores, de tipo indirecto, pues se cumple por intermedio del Ministerio Público; pero siempre comienza por un procedimiento ante los propios órganos municipales, antes de pasar a la vía jurisdiccional.

II.

PARTICIPACION CONTRALORA PREVENTIVA

Los anteriores mecanismos pretenden ofrecer a los miembros de la comunidad formas más o menos novedosas de intervención en los asuntos públicos, una vez que las decisiones están tomadas, o una vez que se ha producido una situación, con el fin de intentar corregirlas, eliminarlas o eliminar sus efectos indeseados.

Pero así como en materia de salud pública ha podido surgir una posición que defiende las virtudes de la medicina preventiva frente a la puramente curativa, en esta materia de la participación vecinal orientada hacia el control ha comenzado a considerarse la conveniencia de hacer intervenir a los vecinos antes de que las cosas ocurran, o mejor, para que no ocurran, con una orientación igualmente preventiva.

Esto se ha ido introduciendo de una manera más o menos informal. Pero recientemente se ha propuesto fórmulas más definidas e institucionalizadas.

1. Mecanismos informales

Las actuaciones de los entes públicos deben estar dirigidas a satisfacer las necesidades de la población en general. Esta afirmación -que es de una obviedad tal que obligaría a no expresarla, si no fuera por la frecuencia con la que en la práctica suele olvidarse- es particularmente cierta en el caso de las autoridades locales, cuya vocación, desde la perspectiva institucional, es casi exclusivamente prestacional.



Así, si prácticamente todo lo que dichas autoridades deciden va, o debe ir, en beneficio tangible de la comunidad, todo conduce a pensar que los mejores contralores para asegurar que lo decidido se ejecute adecuadamente deberían ser las propias comunidades. Es con base en este razonamiento como en algunos municipios se ha intentado convertir a los vecinos en vigilantes de la ejecución de obras y servicios dispensados por dependencias municipales, en sustitución o en adición a los fiscales de obras del propio municipio. Dentro de esta orientación caben iniciativas como la emprendida hace unos pocos años en el Municipio Sucre del Estado Miranda, con respecto a la figura del Fiscal Vecinal.

En algunas ocasiones, las autoridades municipales confían, a través de convenios más o menos informales, a las asociaciones de vecinos la tarea de estar vigilantes y supervisar la correcta realización de las obras y servicios contratados a empresas particulares. Las modalidades concretas de este tipo de fórmula pueden variar y adaptarse a las peculiaridades de la zona. Esta flexibilidad es un rasgo propio de este tipo de mecanismos de participación.

En el texto mismo de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, dentro de los mecanismos de participación de la comunidad, se prevé la cooperación vecinal bajo la forma de Comisiones de Vecinos encargadas de vigilar el buen funcionamiento de los servicios públicos (artículo 180).

Cabría mencionar aquí también la figura del Síndico Vecinal, prevista en el capítulo que la Ley Orgánica de la Ordenación Urbanística dedica -significativamente- a la "participación de la comunidad en la defensa de la ordenación urbanística". Dicho Síndico Vecinal, designado por la correspondiente Asociación de Vecinos, tiene asignadas tareas fundamentalmente de vigilancia, informalmente ejercidas, pues no se trata de un funcionario público.

A. Mecanismos formales

Dentro de esta misma idea de que los mejores vigilantes de la corrección de las actuaciones que interesan al colectivo son los propios destinatarios o protagonistas, pueden inscribirse las propuestas que últimamente han venido formulándose en materia electoral, en relación con una mayor intervención de los ciudadanos en los procesos comiciales.

Una de las más agudas manifestaciones de la actual crisis institucional del país es la referente a la falta de credibilidad de la población en las instituciones y, en este punto, en la pureza de los procesos electorales. A ello han contribuido los frecuentes casos de nulidad de elecciones, por irregularidades en las mismas. De manera que el sistema electoral mismo, inicialmente confiado a quienes se pensó eran sus propios protagonistas -los partidos políticos-, quienes serían por tanto los mejores garantes de la pulcritud del proceso, ha perdido credibilidad y se ha pensado que la manera de devolvérsela es hacer intervenir activamente en él a los ciudadanos, quienes sí son ciertamente los protagonistas principales -como sufragantes- y destinatarios últimos de los resultados electorales.

Así, en el actual proyecto de ley electoral que se discute se ha querido dar un papel protagónico a los ciudadanos, en desmedro del que tenían los partidos. Son dos los mecanismos principales ideados en ese sentido, y ambos pueden ser catalogados como fórmulas de "participación contralora".

Por un lado, está la figura de la Vecindad Electoral, pequeñas áreas geográficas en que se dividirían las circunscripciones electorales, a fin de incluir en ellas un número no muy elevado de electores alrededor de 2.000 por cada una); además de ello, cada Vecindad Electoral debe estar configurada sobre el criterio de la facilidad de acceso al correspondiente centro de votación. Lo que se desea lograr con esta figura, fundamentalmente, es que los electores queden agrupados en pequeñas unidades, que permitan el conocimiento personal de unos con otros. Se supone que esto minimizará la posibilidad de la comisión de los diferentes manipulaciones que usualmente se denuncian como manifestaciones de fraude (traslados de votantes, votos de extranjeros o fallecidos, etc.). Esto evidencia, sin dudas, la finalidad de control "social", por parte de los vecinos, que en este caso se está esperando de esta fórmula organizativa.

Por otro lado, se ha propuesto el Servicio Electoral Obligatorio, que también estaría destinado a cumplir, en el fondo, una función de control. Se trata de convertir en una obligación legal (con base en los deberes genéricos previstos en la Constitución) la participación en la integración de las juntas y mesas electorales, que hasta ahora han sido constituidas fundamentalmente con representantes de los partidos políticos.



Ahora quedarían integrados por docentes, estudiantes y electores de las correspondientes circunscripciones electorales y centros de votación, quienes serían designados -con base en los procedimientos y proporciones indicadas en la ley- por medio de sorteo público.

Aún no se trata más que de propuestas, que incluso en el caso de ser adoptadas pudieran sufrir modificaciones en su configuración definitiva. Pero vale la pena tomarlas en cuenta como manifestaciones válidas del deseo de hacer intervenir más activamente a los administrados como participantes en los procesos que tanta trascendencia tienen luego para todos.

**FROM EXPERTISE TO POLITICS:
THE TRANSFORMATION OF
AMERICAN RULEMAKING**



**FROM EXPERTISE TO POLITICS:
THE TRANSFORMATION OF AMERICAN RULEMAKING**

By Peter L. Strauss*
Betts Professor of Law, Columbia Law School

Probably every society has a discernable hierarchy of legislative forms, varying in their generality and political grounding. In the United States as elsewhere, this hierarchy has both a geographic and an institutional expression.

Geographically, one may distinguish among legislative forms that are national, statewide, or local in their application. The tendency, certainly problematic in some cases and complicated by American ideas of federalism, is for the largest social issues to be dealt with at the national level, those where greater variety of outcome may be sustained at the state level, and the least important or at least most variable issues at the local level. National legislation, where it exists, dominates state legislation; and state legislation, where it exists, dominates local. Probably a similar geographic hierarchy exists, with or without the complications of federalism, in any complex society.

Institutionally, at each of the geographic levels, one can also describe a hierarchy that I suspect must be quite general in complex political societies. At the apex one places the constitutional document, or the charter in the case of municipalities; then ordinary legislation produced by a representative legislature; then "regulations" adopted by governmental organs other than the legislature, "subordinate legislation" as it is often called; and, even less formally, declarations of policy or interpretation, or documents offering guidance for compliance with the foregoing. It may be useful to outline the general legal and political characteristics of this hierarchy, as an introduction to our specific discussion of rulemaking.

* Betts Professor of Law, Columbia Law School. Thanks to John Manning, Todd Rakoff, Roy Schotland, and Sidney Shapiro for their very helpful comments on earlier drafts.

Constitutional documents are brief in comparison to the general mass of legislative activity, extremely general in their pronouncements, and — of particular importance here — adopted by special procedures that suggest both relative permanence and the highest degree of political legitimacy.¹ Both nationally and at the state level in the United States, this entails ratification by super-majorities and a declared source (not quite born out by the elaborate and demanding ratification procedures) directly in "We the people." We imagine our Constitution, not as an act adopted by authorized agents, but as a direct expression of popular will. In the states, typically, constitutional amendments must in fact be ratified by popular vote. For municipal charters, the situation is somewhat more complex, but the same characteristics of relative brevity, generality and permanence, and of special procedures for adoption, prevail. Once adoption has occurred, that fact establishes the legitimacy of the prescription, unless a superior form of law is inconsistent — thus, federal law could control the validity of a provision of the Constitution of New York State, but within New York's own law the adoption of a constitutional provision is in itself sufficient to establish its validity.

One function of the constitutional documents is to establish legislative bodies empowered to adopt ordinary legislation and to define the spheres within which they are authorized to do so. Typically the bodies thus authorized are composed of officials elected for that purpose, agents of the people who periodically must have their agency renewed through the political process. National and state legislatures, and local councils, are composed of persons elected from geographical subunits of the legislating jurisdiction for the responsibility of adopting ordinary legislation. These are generalist institutions, and their work product is sometimes transitive and sometimes intransitive in character.² That is, in some instances — as in enacting a criminal statute or a commercial code — their legislation directly resolves the substantive issues that give rise to the need to legislate;

¹ If parliamentary democracies, as England's, do not invariably recognize a formal, special constitutional form of enactment, the behavior of those democracies is nonetheless as if such principles existed; whatever its technical authority, for example, to alter the legislation determining the frequency of Parliamentary elections or the status of the Monarchy, the English Parliament behaves as if these would be extremely special matters, action on which would require extraordinary attention to the public will.

² Edward L. Rubin, *Law and Legislation in the Administrative State*, 89 Colum.L.Rev. 369, 380 (1989).



in others, the legislature instead creates a loose framework of policy and establishes expert bodies (agencies) to deal with issues that may appear too unpredictable, complex or specialized for direct legislative resolution. While it is sometimes argued that the subdelegation of authority to fix rules of conduct is illegitimate,³ the practice is universal in America, as I suspect it is in most if not all complex societies. A legislature can more easily decide what is the importance of safety in the workplace relative to other issues, and direct an agency to assure that it be achieved, than specify the elements of safe practice for each industrial situation in a constantly changing economy. One may fairly raise questions in particular cases whether legislators have acted as fully as they might to define the field within which subordinate legislation will be adopted by a given agency, or what parameters they have set for the political and legal responsibility of the agencies they have thus empowered. But the phenomenon of subdelegation is an inevitable by-product of a complex society and of the limits of time and resources available to a generalist legislature.

While constitutional provisions are validated by the fact of their adoption, the practice of reviewing legislation for constitutionality reflects the existence of judicial controls over the validity of formally proper legislation. Although courts do not inquire into the *procedural* adequacy of legislative actions that satisfy the few specified constitutional formalities, the vote of the legislature does not inevitably establish a statute's formal adequacy. Rather, any statute is subject to judicial inquiry into its consistency with constitutional empowerments and prescriptions. Issues of substantive *authorization*, in this respect, are not seriously inquired into; a court will sustain a legislative judgment that a given statute is within the substantive authority of the legislature to enact, *unless persuaded* that no state of

³ In American jurisprudence, the classic theoretical statement of this position, often evoked but never enforced, is the following passage from John Locke, *Second Treatise of Civil Government* §141 (1690):

The people alone can appoint the form of the commonwealth, which is by constituting the legislative and appointing in whose hands that shall be. And when the people have said, we will submit to rules and be governed by laws made by such men, and in such forms, nobody else can say other men shall make laws for them; nor can the people be bound by laws but such as are enacted by those whom they have chosen and authorized to make laws for them. The power of the legislative, being derived from the people by a positive voluntary grant and institution, can be no other than what the positive grant conveyed, which being only to make laws and not make legislators, the legislative can have no power to transfer their authority of making laws and place it in other hands.

social fact could support that judgment. Assertions that statutes conflict with constitutional guaranties of individual liberties, however, will generally produce a more intense inquiry into the justification for the statute and the seriousness of its impact upon the claimed rights.

At the third level, beneath constitutions and legislation, is the practice of adopting regulations. We can describe this rulemaking in idealized terms as the more-or-less expert filling in of details in the specification of rules for private conduct, for which the legislative process is poorly suited or has insufficient time. A given jurisdiction will have many rulemakers, and only one legislature. If that one legislature can annually produce a book's worth of politically ratified work, all the jurisdiction's rulemakers taken together are capable of generating several library shelves worth of rules. These regulations have the force and effect of statutes (although as we shall see their legitimacy is differently established). A construction company must obey the rules of the Occupational Safety and Health Administration (OSHA) respecting the storage of potentially explosive gasses or the safety measures required for persons working on exposed surfaces, at the risk of fines or other sanctions for having failed to do so. Thus, rules may be subordinate legislation, but are unmistakably legislative in their impact.

External oversight of rulemaking is much more extensive and demanding than exists for statutes. Valid adoption of a rule requires compliance with statutorily prescribed procedures for rulemaking, action within the extent of statutory authority delegated to the agency, and a judgment supported by the materials generated in the course of the rulemaking. In contrast with statutes, each of these issues is subject to fairly close examination on judicial review — a substitute, as one might characterize it, for the political legitimacy characterizing the adoption of constitutional and statutory prescriptions. In addition, as might be imagined, a variety of devices for *political* oversight of rulemaking are available to both the President and the Congress — the elected actors of American government — and to the corresponding actors at the state and local levels. The body of this essay is an examination of these matters, and the way in which they have been changing over past decades — in response, one may believe, to concerns about the legitimacy of this important law-making activity.



Before turning to these matters in detail, however, it is appropriate to mention a fourth level of legislative activity – more guidance than prescription – that also occurs, less formally, at the agency level. Agency rules themselves require interpretation and open a variety of issues. A rule of the Federal Aviation Administration (FAA) may specify the parameters that an aircraft component must meet to establish its safety, but not precisely show how this can be accomplished. Once again, time and resources do not permit the resolution of all questions through the rulemaking just briefly described; other issues seem better left to private initiative than encased in the hard matrix of actual prescription. Indeed, current American politics tends to favor rules that set performance standards — that is, rules that tell the subjects of regulation what they have to accomplish, leaving the precise means of doing so to their initiative — over rules that command the use of particular designs. If the costs of making and qualifying one's own design are moderate, the result is to promote efficiency and innovation. For some enterprises, however, perhaps especially smaller ones, the costs and uncertainties of design may be quite substantial in relation to these possible gains. To meet these needs, agencies — or more properly their professional staffs — may engage in a much less formal process of offering guidance as to meaning and possible means of compliance, in addition to legislative rulemaking. Thus, supplementing the FAA's rule setting the performance standards a certain aircraft component must meet, its staff may provide a quite technical document outlining one or more concrete ways in which it has already concluded the safety of the component can be assured. This practice leaves other possibilities open, but also can reduce compliance costs for those attracted to what already has won probable staff approval. Those subject to regulation often solicit this advice-giving activity eagerly, as an efficient means of resolving uncertainties that could be quite costly to them. The resulting interpretive and policy documents are not formally binding; their adoption is extremely informal, usually not penetrating the upper echelons of the responsible agency, and — continuing the pyramidal metaphor already suggested — their volume, in the agencies that employ them, dwarfs that of regulations in about the same proportion as regulations dwarf statutes.⁴

⁴ In 1992 I reported, in another place, that formally adopted tax regulations take about 30 cm of shelf space; revenue rulings and similar advisory documents, seven meters; the rules of the Federal Aviation Administration, five cm., but the corresponding technical guidance material, in excess of six meters. Peter L. Strauss, *The Rulemaking Continuum*, 41 *Duke L.J.* 1463, 1468-69 (1992).

They serve the invaluable functions of revealing agency thinking on controversial questions, and pointing toward what might not otherwise be obvious paths of compliance.

Precisely because these instruments are *not* legally binding and procedures for their adoption are not specified, questions of their legitimacy are subdued, and judicial review is infrequent. Courts are occasionally persuaded that an agency has used ostensible "guidance" to evade the procedural and other obligations of legislative rulemaking — that an agency has acted towards those it regulates as if its interpretation or policy were formally binding "law."⁵ In some cases, too, the announcement of an interpretation will have such consequences for the private community that the courts can be persuaded to consider whether it is valid. In general, however, the interpretation or policy will not become a subject of inquiry until it has actually been applied in a particular case.

It may be useful to sum up the preceding paragraphs in a pair of tables:

	National	State	Local
Constitutional	U.S. Constitution	State constitution	City or town charter
Statutory	U.S. Congress enacts statutes	State legislature enacts statutes	Council or board adopts ordinances
Regulatory	Federal agency adopts legally binding regulations	State agency adopts legally binding regulations	Local agency adopts legally binding rules
Advisory	Agency staff issues nonbinding guidance (interpretation or policy)	Agency staff issues nonbinding guidance (interpretation or policy)	Agency staff issues nonbinding guidance (interpretation or policy)

	Ratification	Relative frequency	Legitimacy
Constitution	Super-majorities, "We the people"	Very occasional	Established by adoption, unless inconsistent with higher constitution
Statute	Vote of elected representatives, with concurrence (or over opposition) of chief executive	Dozens yearly	Highly permissive judicial review of substance only for constitutionality only; usually sustained unless individual rights
Regulation	Formal action of agency with statutory authority to adopt	Across government, many hundreds yearly	Political oversight; judicially reviewed for procedural compliance, legal (constitutional and statutory) authority, support in record, etc.
Non-binding advice	Agency staff, as specified by agency procedures	Within agency, several times rulemaking volume	Not legally binding; courts may sometimes review for correctness of interpretation

⁵ See *Pacific Gas & Electric Co. v. FPC*, 506 F.2d 33 (D.C.Cir. 1974); *Community Nutrition Institute v. Young*, 818 F.2d 943 (D.C.Cir. 1987); Robert A. Anthony, *Interpretive Rules, Policy Statements*.

**I**

The preceding may be sufficient to suggest that questions of legal and political legitimacy about rulemaking are both important and unsettled in American jurisprudence. What seemed to me possibly interesting for this occasion would be to look at the answers we have been developing over time — a course of development that one may well believe has overshot the mark, but also one that unmistakably reflects the importance of this device for the development of law, and the felt necessity of finding political as well as legal warrant for it. I will tell this story at the federal level, where it is both the most complex and the most familiar. Yet I am confident similar trends could be found at all political levels of rulemaking activity.

A. 1946-61

Nineteen forty-six is the year in which, with enactment of the federal Administrative Procedure Act (APA), the United States first adopted general statutory procedures for rulemaking at the national level.⁶ The noted scholar Kenneth Culp Davis called this possibly the most important aspect of that Act; he is often quoted and never contradicted in this regard. While 1946 marked the beginning of specified procedures for rulemaking, however, government agencies had long been adopting rules; and the courts, when confronted with the evidence of this subordinate lawmaking, had in general found it unremarkable. In 1911, for example, the United States Supreme Court had no difficulty upholding the fine imposed on a rancher for grazing sheep in a national forest without a permit, in violation of a regulation the Secretary of Agriculture had adopted under quite general authority "to make provision for the protection against ... depredations upon the public forests." This statute made no specific mention of livestock or grazing permits, but did provide the penalties for violating any regulations the Secretary might adopt. The unanimous Court characterized the Secretary's permit-requiring rule, without which there would have been no offense, as not legislating but only exercising a "power to fill

Guidances, Manuals, and the Like — Should Federal Agencies Use Them to Bind the Public, 41 Duke L.J. 1311 (1992); Peter L. Strauss, *The Rulemaking Continuum*, 41 Duke L.J. 1463 (1992).

⁶ Administrative Procedure Act, ch. 324, 60 Stat. 237 (1946); the APA was reenacted as part of a general revision of Title V of the United States Code, and its provisions are now found in 5 U.S.C. §§ 551-59, 701-06.

up the details."⁷ Congress had legislated sufficiently when it permitted the making of regulations for a specified public purpose, and set the penalties that could be assessed on their violation. In 1935, reviewing a state agency's rule defining the kinds of containers that could be used to package fresh raspberries and strawberries, the Court found that the fact that this legal requirement had resulted from an agency, and not the state legislature, was irrelevant to its reviewing function. Again unanimously, it rejected the idea that an agency exercising delegated authority was subject to procedural requirements (in this case, the making of findings) greater than would be imposed on a legislature. "Where the regulation is within the scope of authority legally delegated, the presumption of the existence of facts justifying its specific exercise attaches alike to statutes ... and to orders of administrative bodies. ... [T]he statute did not require special findings; doubtless because the regulation authorized was general legislation, not an administrative order in the nature of a judgment directed against an individual concern."⁸

The 1946 APA's informal rulemaking procedures applied only to legislative rulemaking, the third category in the hierarchy of legislative activity set out above. Policy and interpretive guidance instruments, although understandably defined as "rules," were exempted from any procedural requirements beyond simple publication. In relation to the prior law, the new APA procedures for legislative rulemaking, although apparently undemanding and so intended at the time, enlarged both agency responsibilities and the possibilities of judicial control. There were now general procedures for rulemaking, compliance with which could be enforced; a mild requirement of findings to accompany rule-making, quite unlike statutes; and, indeed, the APA defined the tasks of courts reviewing agency actions including rulemaking quite differently from what courts would expect to do when considering the constitutionality of statutes. Since these procedures set the baseline for our analysis, it will be useful to state them explicitly.

The APA established three basic procedural requirements for informal rulemaking: first, the publication of general public notice of proposed

⁷ *United States v. Grimaud*, 220 U.S. 506 (1911).

⁸ *Pacific States Box & Basket v. White*, 296 U.S. 176 (1935).



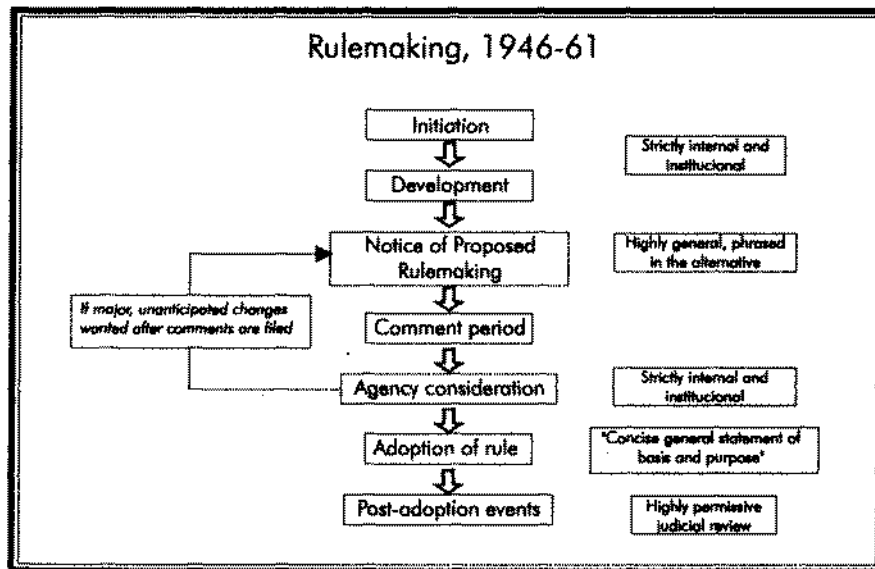
rulemaking; second, an opportunity for any concerned individual to file written commentary about the proposal with the proposing agency; and, finally, a concise, general explanation by the agency of its basis for adopting of a rule. In addition, the subtitle of the APA providing generally for judicial review of agency action established the eventual possibility of judicial review to determine the lawfulness of a rulemaking in at least three respects: first, the agency's compliance with procedural requirements; second, its legal authority to adopt the rule; and, finally, to some extent, the factual support for and the rationality of the agency's judgment.

As late as 1958, when Kenneth Culp Davis published the first edition of his famous treatise on Administrative Law, rulemaking was a somewhat undervalued procedure in practice, and the requirements for its exercise were quite permissively viewed. The requirement of notice, in statutory terms, could be satisfied by inclusion of "either the terms or substance of the proposed rule or a description of the subjects and issues involved."⁹ The statute gave no indication how long a time the agency must provide for interested persons "to participate in the rule making through submission of written data, views, or arguments," and one or two months was as long as any provided. The two provisions, taken together, fairly suggested the parameters of a hearing on legislation conducted by a legislative committee: participants were volunteers whose contributions might aid (or perhaps influence) the work product, and were not parties with rights of control over the evaluation process or the outcome. And the statutory requirements for findings, that "the agency shall incorporate in any rules adopted a concise general statement of their basis and purpose," were literally understood; a one or two page statement of the agency's reasoning was understood to suffice to meet a findings requirement much less stringent than the APA stated for the results of formal adjudication.

To the extent rules were subjected to judicial review, which does not seem to have been often, its demands were not great. Both the formulation of the notice provision in the alternative, and the specific invitation of the findings requirement to brevity and generality, were taken at face value. Rules, like statutes, were rarely challenged "in the abstract," but rather in connection with enforcement proceedings. In that context issues like

⁹ This and the following quoted language is from the statutory definition of rulemaking procedures, 5 U.S.C. 553.

procedural regularity in rulemaking, and record support for the rulemaking judgment would naturally recede into the background. Nor at this time did the political branches make concerted efforts to control or participate in rulemaking. Rulemaking was an ordinary agency activity. The dominant understanding was that agency action was "expert," intended to operate at some remove from politics; and both Congress and the White House tended not to get involved. Thus, while we can see some movement in the APA to increase the responsibility and responsiveness of agency rulemaking, it was at the outset a highly informal and "free" activity.



It may be useful for any reader used to parliamentary systems to pause here and note to herself some particular characteristics of American government that shape this presentation. Recall that in our practice President and Congress are radically separated. The heads of government agencies are not responsible to the legislature in the parliamentary sense; they may be called up for oversight hearings, but they are not permitted to be members of Congress, and the only formal means available to Congress to control their actions is through the enactment of legislation or, in very rare cases, impeachment. Even the President's controls over their actions are somewhat indirect, particularly in the case of the



independent regulatory commissions. It is for this reason that the preceding paragraphs, and those that follow, can be written from the perspective that political controls over rulemaking are not inevitable. One's impression is that in parliamentary systems, the development of subsidiary legislation (rules) is highly disciplined by the party controlling the government, and is generally a strictly confidential, internal bureaucratic process. In the United States, which lacks a political government in that strong, coordinated sense, the development of rules is a public process on which politics may operate as an external force, but which it does not wholly determine. Indeed at times, as just noted, Americans have behaved as if rulemaking were an expert more than a political process. While a mixture of the two has perhaps always been present, one result has been to animate an expectation of rationality in rulemaking that few would ever anticipate in legislation.

B. 1961-77

The period beginning with the election of John F. Kennedy and running through the Nixon-Ford administration marked a tremendous expansion in the ambition of American government and, in particular, in the prominence, use, and development of rulemaking. Many of the new governmental initiatives begun at the time — regulation of environmental, health and safety issues — not only pointed toward rulemaking as the most sensible means for implementing the policy responsibilities that were being assigned, but also entailed regulation that would have a sweeping impact across the American economy. Where previously the predominant national regulators tended to focus on particular concerns (such as the securities industry or transportation sectors), the Environmental Protection Agency (EPA) and the Occupational Safety and Health Administration were issuing rules affecting all industries, in every state.

Scholars, in the meantime, were awakening to the advantages of informal rulemaking over case by case adjudication (the usually available alternative) for policy formation, and encouraging the broader use of this underappreciated procedure. While the procedures of rulemaking were less demanding than those of adjudication, they were also more democratic; rather than leave an important policy issue to the accident of who happened to be the parties to a particular adjudication (and their lawyers), all interested persons received notice of the issues at stake in rulemaking and were

entitled to participate on an equal footing. The requirements of adjudication for objectivity and dispassion in decision often constrained agencies to highly artificial allocation of decisional responsibilities and participation rights within themselves. In contrast, informal rulemaking permitted the agency to bring all its resources to bear on decision in an institutionally efficient and productive way. And the public found it easier to know the applicable law in a system of rules — definitive and easily located textual prescriptions — than in a system of case-law, where the governing rules emerged from the somewhat obscure and temporally extended processes of common-law development.

The democratic part of these arguments, we can now see, drew force from a general social trend that came to view agencies less as apolitical "experts" administering a strictly rational process, and more as political bodies making choices among alternatives in response to social needs and political inputs. The literature of the time is filled with concerns about the "capture" of administrative agencies by those they were intended to regulate. Regulatory beneficiaries, those on whose behalf the agencies were intended to act, were much less likely to appear in adjudicatory proceedings — both as a reflection of the political difficulties of organizing a diffuse group of citizens for that purpose, and as a result of participation rules for adjudication that made the participation rights of regulatory beneficiaries hard to establish. One finds in the cases of the time not only an appreciation of the virtues of rulemaking from this perspective, since in rulemaking anyone was free to participate, but also an increasing insistence that room be made even in adjudication for participation by regulatory beneficiaries — to balance the pressure on the agencies, as it were. Responding to similar impulses, regulatory reform legislation of the time tended to stress openness — the Federal Advisory Committee Act,¹⁰ Freedom of Information Act,¹¹ and Government in the Sunshine Act¹² all sought to pull information about government functioning into public view, and to do so in ways that either paid no heed to the particular claims of the persons who might seek this information, or explicitly sought in the outcome political balance among possibly interested groups.

¹⁰ Codified at 5 U.S.C. App. §§ 1-15.

¹¹ Codified at 5 U.S.C. 552.

¹² Codified at 5 U.S.C. 552h.

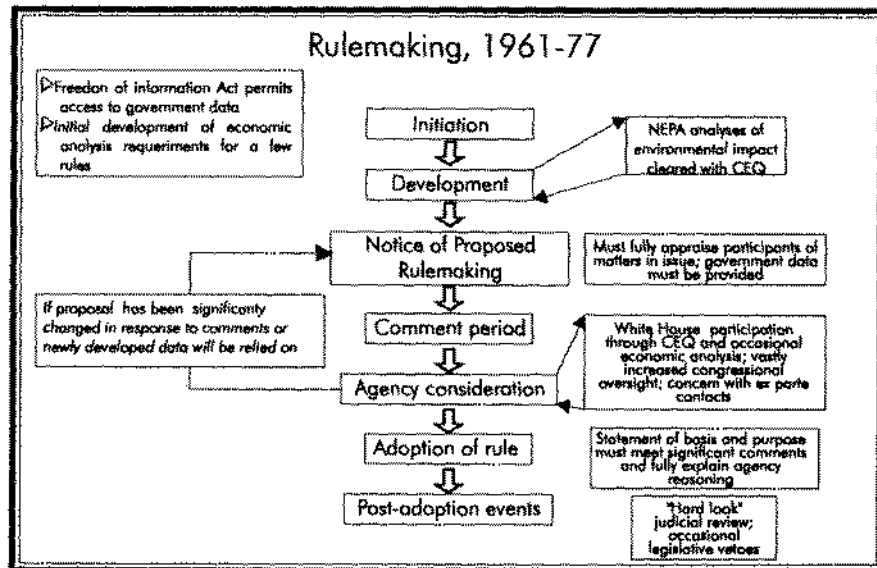


As rulemaking became more prominent, important, and popular, courts began to encounter it more frequently. A series of interpretations developed, captured in the phrases “paper hearing” and “hard look,” that significantly heightened both the procedural demands of rulemaking, and the intensity with which courts would review rulemaking outcomes. The Freedom of Information Act permitted participants in rulemaking easy access to documentary and other information agencies possessed. As a result both of this development and of judicial reasoning about what one would have to know in order to make intelligent comments on a proposal turning on disputable propositions of (generally scientific) fact, the APA’s requirement of notice of “either the terms *or* substance of the proposed rule *or* a description of the subjects and issues involved” came to be understood to require agencies to share with the public, as part of their rulemaking proposals, the significant data in their possession. Even if new data was developed in the course of a rulemaking, it might be necessary to make that new data available, so that it too could be commented on. Moreover, the dimensions of “a concise general statement of basis and purpose” similarly expanded, to include requirements to meet all “significant” comments filed in the rulemaking and to reveal in some detail the agency’s reasoning process. If comments had produced significant changes from the proposal — a possibility one might think the major reason to provide for notice and comment in the first place — participants needed the chance for a second round of commentary to react to this shift in direction. In court, on review, it began to be noticed that agencies’ judgments did not have the political legitimacy of legislative judgments; consequently, the agency had better write its statement of basis and purpose in a manner that clearly demonstrated the factual basis for and reasonableness of its judgments, and that it had taken a “hard look” at any matters that had proved controversial. And judicial review immediately upon adoption of a rule, in the abstract rather than after particular enforcement proceedings had been brought, became common after the Supreme Court, in a 1967 case, stressed the “presumption” that final agency actions — which completed rulemakings undoubtedly were — were subject to immediate APA review.¹³

To some extent, these and other developments were the product of mistaken judicial analogies between the newly important rulemakings and what

¹³ *Abbott Laboratories v. Gardner*, 387 U.S. 136 (1967).

were for judges the more familiar forms of adjudicative action. When courts began reasoning about the need for "adversarial comment," or for opportunities to challenge witnesses or data presented by other participants (notably the agency), their thinking smacked of the courtroom rather than the legislative hearing room. These aspects were emphatically disowned by the Supreme Court in a 1978 judgment that reiterated the properly institutional character of rulemaking and stressed the inappropriateness of judicially requiring procedures that had not been statutorily provided for.¹⁴ This judgment did not, however, result in a return to the understandings of 1946. The Court's warnings could not obliterate the new appreciation of rulemaking as a political as much as expert process, that could not claim the electoral legitimacy a legislature would enjoy. In addition to the Freedom of Information Act and other like legislation, one could easily see that whenever Congress had recently considered rulemaking issues (always in the context of particular, prominent rulemaking agencies such as the EPA), it had specified additional procedures like those the courts had been developing. Consequently, the "paper hearing" and "hard look" elements, and the relatively heightened character of judicial review, remained in place.



¹⁴ Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, 435 U.S. 510 (1978).



In the same time frame, the new political importance of rulemaking was also generating increased presidential and congressional interest in controlling its outcomes. Rules requiring the investment of tens or even hundreds of millions of dollars in environmental protection or safety equipment could have a significant effect on the economy at a time when inflation was a major concern; and in any event the private investments thus required were large enough easily to attract the attention of politicians and their friends. The National Environmental Policy Act of 1969¹⁵ had for the first time required agency actors to think forward about the probable consequences of their major actions in coordination with the White House — in that case, environmental consequences — and to consider modifying proposals to reduce their negative impacts. It was not hard for the White House to see that it would also be useful for agencies to think forward about the possible *economic* consequences of (and justifications for) their major regulatory actions, again under the supervision of a White House office that could serve a coordinating function. The White House began experimenting with these requirements. At about the same time, Congress — realizing the large public and private consequences of some rulemakings — began including in statutes that authorized rulemaking a requirement that any rules the agency adopted be submitted to the Congress for possible legislative veto. Under these provisions, the rules would be deprived of effect if they were disapproved by vote of one or both houses of Congress. Ordinary political oversight activities also began to escalate at this time; a striking pair of graphics shows how during the period 1961-77, the number of pages published in the Federal Register (a reasonable index of rulemaking activity) *and* the size of congressional committee staffs *and* the number of congressional days devoted to oversight activities each grew exponentially, along parallel lines:¹⁶

A professional colleague remarked on reading an earlier draft of this essay, that one could argue that the democratic character of rulemaking thus revealed rivals that of the legislature.¹⁷ While lacking the vote with which, in theory, she controls her legislative representative(s), the citizen's right to comment connotes a different disciplinary device — if her comment is

¹⁵ Codified at 42 U.S.C. §4331 et seq.

¹⁶ These graphs appeared initially in Joel Aberbach, *Keeping a Watchful Eye* (1990).

¹⁷ Professor Sidney Shapiro, Rounds Professor of Law, University of Kansas Law School, letter to the author dated June 28, 1996.

germane, the agency must respond to it or risk frustration in adopting its rule. No citizen can force attention to her views upon her legislature in quite this way; even if she appears at a legislative inquiry, the permitted chaos of legislative action will not be measured against the cogency of her testimony. Requirements of rulemaking "rationality" thus serve to impose practical bounds on agency judgment that do not exist for legislatures; Congress can with impunity amend a statute in self-contradictory ways,¹⁸ but an agency trying to "have it both ways" will likely fail the judicial test of rationality. From a perspective that puts a high value on the place of *reason* in even political discourse among citizens, this virtue might be thought to counterbalance the missing discipline of the ballot box.

1977-93

Jimmy Carter may have been the first presidential candidate after the New Deal to have successfully run his campaign *against* Washington and the "big government" it represented; each of his successors has followed his lead. It is perhaps not too extreme to find one explanation in the explosion and changed character of rulemaking during the preceding period; political campaigns of the time were rife with advertisements mocking the detail and stringency of workplace and environmental rules. In any event, the Carter, Reagan and Bush administrations were characterized by increasingly stringent efforts to gain presidential control over rulemaking in the agencies. Congressional and judicial developments were more mixed in character, owing in part to political choices by the American electorate that generally placed control of White House and Congress in the hands of different political parties. Still, one can say that the political character of rulemaking and the legitimacy and importance of effective political controls over it continued to gain recognition. At the agency level, and among scholars, the judicial innovations, in particular, of the preceding period were being noticed and seen to be exacting a price: "paper hearings" generated mammoth records and "concise general statement[s] of basis and purpose" expanded into the hundreds of pages to meet the demands of "hard look review." As a result, rulemaking became more and more expensive to complete; "ossification" was the description increasingly heard of the consequences. In fact, we did not lower our

¹⁸ See, e.g., the story of the 1974 amendments to the National Highway Transportation Safety Act, told in Jerry Mashaw and David Harfst, *The Struggle for Auto Safety* (1990).



demands for the kinds of regulation agencies like OSHA and EPA generated, threats to health and safety continued to engage a perhaps disproportionate share of the public's concern. But the combined effects of changes in rulemaking and its control slowed the effective pace and volume of rulemaking considerably.¹⁹

It is useful to start an account of this period with the presidential innovations, both because they were the most striking and because they served to focus attention on the procedural period *before* the APA procedures take hold, the time leading up to publication of a notice of proposed rulemaking. One effect of the developments of the preceding era, including somewhat misconceived judicial censoriousness towards political contacts and private conversations occurring between agency staff and outsiders during rulemaking processes, had been to make the notice and comment period more of a formality than a formative event. In settings where an agency could expect controversy, those controversies were dealt with *before* the notice and comment period, and that period consequently often came to serve confirmatory more than informative purposes. Having to give full notice of its data as well as its thinking, fearing restrictions on its ability to change once a proposal had been made without having to provide for a second round of comments, and believing informal conversations with affected interests during rulemaking might be disapproved, an agency had every incentive to complete its inquiries, to make whatever accommodations with competing interests it was going to make, and to reach near-final conclusions, *before* rather than *after* it issued its notice of proposed rulemaking. And it was during this preliminary period, while the agency was deciding just which of many possible rules it should pursue and how to frame its proposal, that the presidential measures had their most forceful impact.

While President Carter first established by Executive Order a broadly applicable requirement of analysis and consultation respecting so-called

¹⁹ A particularly dramatic example is given in Mashaw and Harfst, *supra*; following the bureaucratic shocks of this development, the National Highway Transportation Safety Agency essentially ceased to initiate new rulemakings. In its first two decades, OSHA averaged about one completed rule per year for protecting workers from hazardous contaminants of the air; when it attempted to set moderate, more-or-less consensus-based standards for 428 toxic substances in one rulemaking, whose explanation spans 652 pages in the Federal Register, 54 Fed. Reg. 2332 (1989), challenges by persons concerned with eleven of those chemicals brought down the whole rule. *AFL v. OSHA*, 965 F.2d 962 (11th Cir. 1992).

major rules — those an agency could expect to have an annual impact of \$100,000,000 or more on the economy — an analysis of President Reagan's more developed orders will give a clearer picture of the new structures introduced into the pre-notice period. Under one, actually the second adopted, agencies were required to develop an annual rulemaking agenda, justified on projected economic grounds, in consultation with a bureaucratic element of the President's immediate staff known as the Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA);²⁰ OIRA is located within the Office of Management and Budget (OMB), the White House office that serves as the President's principal institutional arm for contact with the agencies. Thus, the President — and the highest levels of politically responsible officials in the agency itself — would be certain to be involved at the initial stages of setting agency priorities for action. The order was obscure about the President's ability to preclude an agency undertaking any given rulemaking effort; in some cases, at least, that agenda was set by legislative obligations the President could not negate. But the very fact of a consultative process introduced regular opportunities for influence that previously had been, at best, accidental. Moreover, as rulemakings were placed on an agency's agenda, that commitment to consider action, taken months if not years in advance of publishing an APA notice of proposed rulemaking, was made public through semi-annual publication of a new document, a Unified Agenda of Federal Regulation. Each rule under development was given a paragraph in this impressive document — about the size of the Manhattan telephone book — including the name and telephone number of a "contact person" at the agency from whom further information could be obtained, and with whom expressions of interest could be lodged. The consequence, of course, was that not only was the White House engaged during the whole of the pre-notice period, but any private person who took the trouble to consult a widely available public document could also become involved at an early stage.

The more important and earlier of the two Reagan orders took effect later in the process of developing a proposal for rulemaking.²¹ Before issuing a notice of proposed rulemaking for a "major rule" — itself a characterization over which OIRA exercised substantial control — an agency was obliged to complete and clear with OIRA a draft regulatory impact

²⁰ Exec. Order No. 12,498, 3 C.F.R. 323 (1986), reprinted at 5 U.S.C. §601.

²¹ Exec. Order No. 12,291, 3 C.F.R. 127 (1982), reprinted at 5 U.S.C. §601.



assessment. This assessment was an elaborate document that explored the economic justifications for the rule to be proposed, identified possible alternative approaches, and sought to specify that approach that would maximize social utility and minimize the expense to be inflicted. This perhaps sounds like an appropriate inquiry — and indeed most American scholars concede it to be so — but the questions to be resolved often involved very substantial uncertainty and judgment. Moreover, putting the questions as the executive orders did gave an unmistakably economic cast to the consideration of policies the legislature may have considered in other terms. Many social goods are not readily monetized — the value, for example, of environmental amenities or freedom from discrimination — and others, such as the value of human life, are, to say the least, open to the most profound debate. In fact, the executive orders were careful always to state that this form of cost-benefit analysis was to be employed only to the extent consistent with law. Yet the underlying political reality, as one will quickly see, is that this analytic requirement both heightened the general influence of economically oriented policy planners over rulemaking, and propelled the agencies into very detailed and technical discussions of their projects with the White House, at their most formative stage, with correspondingly manifold opportunities for influence and delay. A notice of proposed rulemaking could not be published until OIRA was satisfied that the agency's draft analysis was satisfactory; and that analysis then became a part of the rulemaking "record" informing the comment period. Once comments had been received, agencies were obliged to make their draft analysis final — again through an OIRA vetting process — and that final analysis, once approved, also became a part of the agency record, against which any eventual rule might be assessed.

More for political than legal reasons, these regimes were limited to "executive agencies," and not extended to the independent regulatory commissions (although a number of them probably engaged in similar analyses and cooperated with the presidential process in a variety of ways). They were established as bureaucratic control regimes, that created no legal rights in private persons who might be interested in a rule. Of course, there was no barrier to private interests attempting to bring political pressure to bear on the White House. Indeed, most of the suspicions expressed about these regimes resulted from the belief that they had resulted in "special interest" influence over rulemaking outcomes. Private

communications of this character, it will be evident, run counter to the openness themes to be found in such statutes and the Freedom of Information Act, and threaten one's capacity to regard the process as a rationalistic one. Despite occasional evidence of presidential strong-arming of the agencies, Congress generally tolerated the OIRA institution, even when the White House and Congress were controlled by opposing political parties. However, it directed its continuing oversight and efforts to control the process to securing openness about agency-OIRA contacts, and to obtaining agreements with OIRA and the White House that significantly reduced political access to OIRA staff. Some elements of the OIRA process — the periodic agenda of regulations under development and requirements of pre-proposal analysis — found their way into legislative enactments of the period; through this legislation and other executive orders, analytic requirements proliferated to a degree some found risible. As a practical matter, however, only the OIRA economic impact analysis requirements were seriously pursued during this period. The net effect of these developments, again, was to heighten considerably the importance of the time before a notice of proposed rulemaking was published, and to make the President a significant participant in agency rule development then.

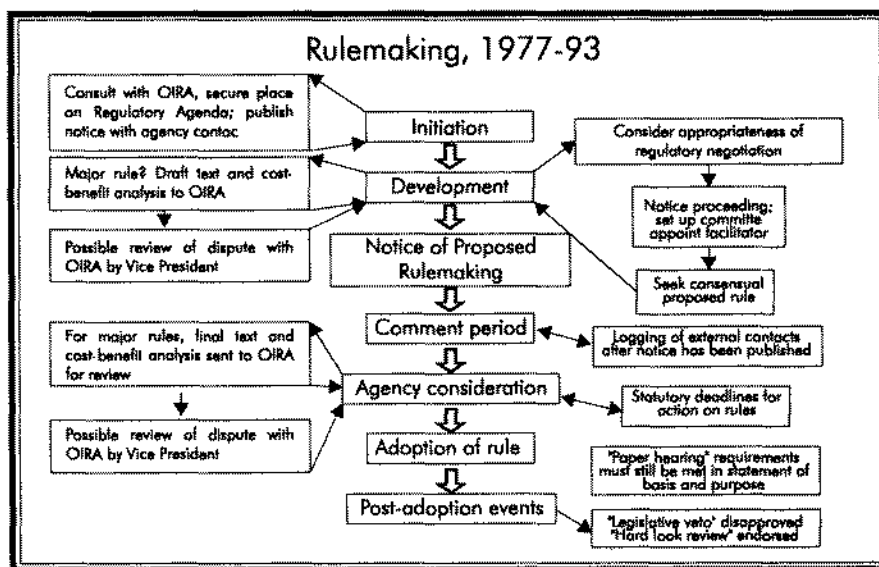
Congress was somewhat more frustrated as a “player” in rulemaking during the Carter, Reagan and Bush presidencies. An important Supreme Court decision found that the legislative veto was constitutionally invalid; if Congress wished to disapprove of a rule an agency adopted, it would have to do so by statute, subject to the possibility of presidential veto.²² During the Reagan and Bush administrations, when a Democrat Congress was more likely than the Republican President to want government to achieve positive regulatory ends, Congress frequently enacted quite detailed legislation, specifying, for example, just which chemicals EPA should regulate and setting very short and judicially enforceable time frames within which it was obliged to act. Yet Congress can produce a 700-page set of amendments to the Clean Air Act only if it engages in subordinate legislation in another form: only detailed staff work is capable of producing legislation of this character; but a deliberative political process engaging the whole of a representative legislature is not. Moreover, the experience of Congress, too, was that the detailed specification was often unavailing. Even if a timetable might serve to reduce the White House's capacity to inflict delay on unwanted rules, agencies could not or would not adopt all the rules

²² *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).



required within the very brief times given, and the courts were essentially incapable of providing effective relief. Several efforts to "reform" the rulemaking process sought to put in statutory form the "paper hearing" and "hard look" developments of the preceding era, that we have already discussed;²³ these failed of enactment for political reasons.

The one successful legislative development, enactment of a regime of "negotiated rulemaking,"²⁴ served to confirm the importance of the pre-notice period. Under this regime, one that many hoped would reduce the growing contentiousness and expense of rulemaking, agencies were encouraged to form balanced private-public negotiating groups, representative of all interests likely to be involved, that could with a facilitator's aid develop consensual proposals for rulemaking. This is an important and hopeful development, yet one should notice where it fits in the timeline of rule development. Regulatory negotiation occurs *before* public notice of proposed rulemaking. The very idea is to develop a proposal that, when made public, will attract no significant opposition. In this respect, it mirrors the shift in emphasis from the post-notice to the pre-notice period that the presidential regimes and incentives provided by judicial review have helped to bring about.



²³ See TAN 13 above.

²⁴ The Negotiated Rulemaking Act, codified at 5 U.S.C. §§561-70.

Judicial review during these years was characterized by growing awareness and acceptance of rulemaking's political cast and responsibility. "Hard look" review continued, and indeed was endorsed by the Supreme Court in 1983, over a partial dissent that stressed the properly political elements of some rulemaking judgments.²⁵ But in perhaps its most influential case of this period, the Supreme Court enunciated principles of substantial deference to agency interpretation of ambiguous statutory language, appearing to state in its peroration that it did so *precisely because* the agencies' place in politics and responsibilities to the President made them the more appropriate determiner of what necessarily would be policy issues.²⁶ When they encountered the possibility that White House consultations occurring under the executive orders might have persuaded agencies to reach results different from those they would have reached strictly on their own, the courts expressed concern only to prevent the use of the process as a "conduit" for private special interests. They saw the President's possible influence as an appropriate working out of his responsibilities as chief executive, for which he could be held responsible by the electorate.²⁷ The courts also accepted the possibility of congressional pressures — at least outside of circumstances that unmistakably demonstrated the injection of a statutorily irrelevant factor or factors into the decisionmaking process.

The collective result of presidential, congressional and judicial scrutiny, and of the clogging of the pre-notice period as well as complexification of APA procedures, has been further ossification of rulemaking. Yet it is also possible that we are now beginning to see some substitution of political for judicial controls, that in the longer run could again free up the rulemaking processes. Judicial review has real weaknesses for controlling the outcomes of rulemaking, not so far from its deficiencies in relation to review of statutes. It is wholly retrospective and frequently does not reach completion until years after a rule's adoption. Invoked by particular parties

²⁵ *Motor Vehicle Manufacturers Assn of the US v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, 463 U.S. 29 (1983).

²⁶ *Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984). While the Court stressed "policy" and the political connection, the position can also be understood as a concession that as to matters of expert assessment of social and technological needs, the agencies are also superior actors (and in general, are appointed for the purpose).

²⁷ *Sierra Club v. Costle*, 657 F.2d 298 (D.C.Cir. 1981).



with focused complaints, it is not well suited to conveying to the court a balanced picture of the issues and proceedings, but rather tends to give distorting influence to details taken out of context. To the extent courts can be engaged by the issues of judgment and policy presented, one risks substituting the judgment of persons particularly unsuited by training and position for either expert or political understandings. In light of these difficulties, courts may find it possible to relent some of their attentiveness to rulemaking, as political controls — controls which by and large are prospective and operate before final agency decision — develop and are accepted as legitimate. To a degree, American scholars believe, the intensification of judicial review during the '60's and '70's came in reaction to the absence of other controls over what had become very high-consequence decision-making. A number of recent statements by the Supreme Court about the different domains of political and judicial controls could be understood as being in support of just such a partial retraction.²⁸

-1993 -

The most recent period is identified for convenience with President Clinton's election but is as strikingly connected with the Republican congressional "revolution" of November, 1994. It has been characterized by continued growth in political control mechanisms over rulemaking, and debate over the virtues of judicial review. Presidential and scholarly attention to the rulemaking process have tended to focus yet earlier in the process, on the point at which priority choices are made and then preliminary steps are taken towards the development of rules. Particularly for the agencies responsible for health, safety, and environmental regulation, finding suitable procedures and principles for comparing the various risks to which regulation might be addressed has emerged as an issue of central importance. The difficulty of this task is a function of

²⁸ The dominant arguments are for a lighter judicial touch in assessing agency interpretations of factual and policy issues. See in addition to the works of Jerry Mashaw, above, Richard J. Pierce, Jr., *Seven Ways to Deossify Agency Rulemaking*, 47 *Admin.L.Rev.* 59 (1995); Thomas O. McGarity, *Some Thoughts on "Deossifying" the Rulemaking Process*, 1992 *Duke L.J.* 1385. One scholar has suggested a substitution of congressional (political) for judicial review, by *requiring* formal adoption of all rules as statutes — which would then have the benefit of the light judicial touch that characterizes constitutional review of social statutes. Paul Verkuil, *Rulemaking Ossification: A Modest Proposal*, 47 *Admin.L.Rev.* 453 (1995). Congress, however, has proved unwilling to make such a firm commitment of its political capital, and indeed has in effect instructed the courts to stay their present course. See text within following n. 33.

both the inevitable uncertainties of assessment and the public's widely varying attitudes towards risk.²⁹ Congress has been considering a wide range of "regulatory reform" measures, only some of which deserve that description and most of which clearly would tighten controls over rule-making at all stages. In this brief time, no notable new judicial trends can be discerned, although the Supreme Court's emphasis on the political character of rulemaking, with the consequence of narrowing the opportunities for judicial review, appears to be continuing.

A number of other influences affecting rulemaking might also be noted. The pressures for balancing the federal budget have resulted in stringent limitations on agency resources, with obvious implications for their capacity to make and enforce rules. Increasingly, too, agencies are being pressed periodically to review their existing body of rules — as legislatures never do — with an eye to pruning out those rules that through aging or change in social conditions have lost their continued utility. This, too, diverts time and resources. These developments, however, have not found reflection in changes in rulemaking process, and so will not be spoken of further here.

President Clinton has continued the "regulatory analysis" regimes of his predecessors, but with changes whose stated intention is to reduce what had previously been experienced as its somewhat reactive character.³⁰ In the prior administrations, early stages of regulatory development were in fact given relatively little attention; OIRA became deeply involved only after a draft regulatory impact statement had been delivered to it. By that time, directions had already been set, relations tended to be somewhat adversarial, and OIRA was reduced to an essentially reactive function to the particulars of rules in which major investments of effort had already been made. The stated ambition of the Clinton order is to put OIRA's emphasis on working with agency personnel in a more general way at earlier stages, to assure that appropriate intellectual processes for target selection and analysis are in place; much less attention is to be given to the

²⁹ That is, we are much more tolerant of risks that are individual and that we think we ourselves control — those of driving or cigarette smoking, for example — than we are of those that are shared, possibly catastrophic, and beyond our individual control — flying, or residual pesticides in food. Thus, it is trivial to show that the public insists on many more government and industry dollars being spent to prevent each aviation death, than each death occurring on the highways.

³⁰ Executive Order 12866, 3 C.F.R. 638 (1993), reprinted at 5 U.S.C. §601.



particular analyses that may result from these processes, if the processes themselves are found to be appropriate and generally reliable. While President Clinton's OIRA has not forgone post-event review, it has emphasized the coordinative and oversight functions of presidential review; the effect of the new Executive Order is to subordinate the potential of OIRA review for supplanting particular exercises of agency discretion, that many had thought too fully realized under earlier regimes. A variety of measures for assessing risk (as a means of influencing agencies' initial choices of rulemaking targets) are in developmental stages, and are reflected in proposed legislation that has not yet been enacted.

Focusing just on legislation that has been enacted, one can say that Congress has embraced the analytic requirement — to the point of making it a matter of legal right for at least some private participants in rulemaking — while also providing a mechanism for itself to oversee both the agency's general implementation of these requirements and any rules that may result. The Unfunded Mandates Reform Act of 1995,³¹ and amendments to the Regulatory Flexibility Act³² enacted in 1996 achieve the first of these ends. While principally concerned with the impact of federal regulation on state and local governments, the Unfunded Mandates Reform Act also requires something very like economic impact analysis for any major rule affecting the private sector, and imposes on the rulemaking agency the obligation to select the "least costly, most cost-effective, or least burdensome alternative that achieves the objectives of the rule," absent some very good explanation why this cannot be done as a matter of law or important policy. OIRA, rather than the courts, was enlisted to secure compliance with this act. A year later, however, when Congress amended the Regulatory Flexibility Act (which requires the making of special analyses to identify and avoid any disproportionate impact of regulation on small business), it made that Act judicially enforceable on behalf of its small business beneficiaries. The availability to small businesses, at least, of after-the-fact judicial enforcement of analytic requirements seems likely to increase agency caution in rulemaking significantly.

The most striking measure, however, is subtitle E of Title II of the recently enacted Contract with America Advancement Act,³³ which puts in place a

³¹ P.L. 104-4, 109 Stat. 48 (1995).

³² Title II, P.L. 104-121 (3/29/1996),

³³ *Ibid.*

regime for formal congressional review of all agency rulemaking. It has, of course, always been possible for Congress to react to the adoption of any particular rule by enacting a statute that, if it secures final passage with presidential approval or over a presidential veto, reaches a different result. What this statute does is to create an automatic process for generating legislative consideration of disapproval in *every* case of agency rulemaking, that brings *all* rules before Congress for review, immediately upon their adoption. For major rules, in particular, agencies must supply both Congress and its professionalized oversight bureaucracy, the General Accounting Office (GAO), with copies of all analyses made in the course of the rulemaking — under the Executive Orders, the Unfunded Mandates Reform Act and the Regulatory Flexibility Act, in particular. The GAO is instructed quickly to report its conclusions on their adequacy to the relevant congressional committees. Within a period of time that is brief in relation to what either rulemaking at the agency level or judicial review of rulemaking consume, the appropriate committees in either House may generate a resolution of disapproval in a prescribed form. If that occurs, and if the resolution is adopted by both Houses of Congress and signed by the President (or enacted despite his veto), the rule ceases to have legal effect and the agency is deprived of authority to adopt a similar rule in the future unless new legislation is enacted authorizing that. If no resolution is passed, the statute says, a court reviewing the rule is instructed to ignore any congressional consideration such a resolution may have received.

There is a good deal more to the Act than this, of course; and the uncertainties that lie in the details of its provisions for the *timing* of congressional review, in particular, promise to add further discouragement and expense to rulemaking at the agency level. In the framework of this report, however, what seem especially notable are two elements: first, how well and even appropriately, viewed in the large, this statute fits the pattern of development towards finding regimes for creating political as well as legal responsibility for the high-impact rules that have become so much a part of the American legal landscape; second, how in its details the Act will probably frustrate this development, inviting irresponsible rather than responsible agency and legislative behavior. The first point is probably evident. With passage of this statute, Congress as well as the President is positioned to oversee significant rulemaking and the intellectual integrity

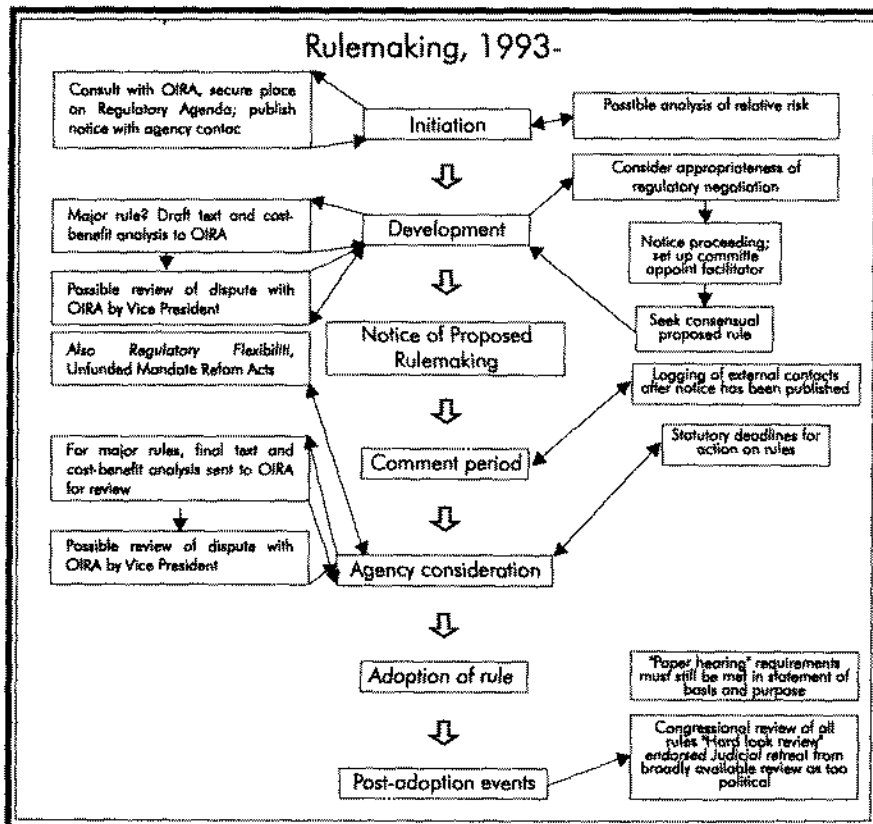


and political desirability of the activity that produces it, the political accountability of agency rulemaking could be heightened by the regular (and also institutional) oversight the use of GAO and the resolution-of-disapproval process entail. In this way, as with the already established processes of presidential oversight, the political legitimacy of adopted rules could be considerably enhanced.

A number of elements of the statute undercut this rosy view, however. First, the statute is not limited to the major rules, however defined, whose influence and impact have generated the developments we have been following. Every action an agency takes that fits the APA's definition of "rule," not only legislative rules but also the much larger volume of interpretive rules, statements of policy and other forms of guidance, must be provided to Congress for consideration under the disapproval procedure. Even though major rules are in some respects singled out for more intensive assessment, the much greater volume of referrals thus called for threatens to distract Congress in two respects: first, by spreading thin its resources for considering any particular effort; second, in consequence, by threatening that (as in today's gargantuan statutory enactments) special interests will find it easier to slip by a resolution of disapproval, than would likely be the case if only the relatively few prominent and large-consequence rulemakings offered such targets.

Second, the statute fails to pay the coin of political responsibility for the process that has been undertaken. Probably most rules will *not* be disapproved; the question of disapproval will be resolved within a few months, surely faster than judicial review, and so the result will be known by the time the courts finally pronounce on the legality of the agency effort. As we have seen, judicial review has become significantly more intense over the past quarter century, in substantial part as a reaction to the major consequences of major rules and to the absence, at the time this development occurred, of real political institutions for control of the process. Scholars of the time talked openly of the judicial review process as a kind of substitute political process, in which "representation" and other such issues were central elements. Many attribute much of the ossification of rulemaking at the agency level to this intensification of judicial review, asserting that it has led agencies to practice "defensive medicine" against the quite exquisite assessments of factual support and

judgment “hard look” review can often entail. One might have hoped that, seeing that agencies must now defend their judgments to both White House and Congress, and do so in a time frame much more intimately connected with their action than judicial review can hope for, courts would conclude that their efforts outside the strictly legal arena could be somewhat relaxed. However, the statute explicitly instructs them to pay no heed to Congress’s consideration of a rule. In doing so, it both frustrates this hope and permits Congress itself to be irresponsible; the provision is a denial that Congress has undertaken any political accountability for rules that the review process leaves in place. While one can understand its preference to act in this selfish way, the result is to suggest that this enactment is just another obstacle, further increasing the costs and uncertainties of rulemaking, rather than a sound movement toward enhanced political accountability for rulemaking.





Third, the consequence of a successful resolution of disapproval is, in effect, an irresponsible act of legislation generating possibly unwarranted uncertainty about an agency's legal authority. Recall that the statute is explicit that if any rule is disapproved, the agency may not adopt a substantially similar measure unless it has been freshly authorized by statute to do so. Even if disapproval necessarily entailed a judgment that the agency's action was or ought to be outside its legal authority, it would be objectionable to delegate to the courts, retrospectively on review of follow-on rules, the task of deciding just how an agency's enabling statute had been amended. That is the effect of this curious provision, which subtracts "some" authority that might be thought to have been previously granted, but leaves it to later judicial decision to say just what that subtraction has been. And of course we know that disapprovals will not necessarily entail such judgments. Members of Congress need neither to have nor to express any particular reason for voting for resolutions of disapproval. "Hands off the funeral industry just now!" can be the governing impulse. Moreover, before the courts have any chance to pass on a subsequent rule that arguably tries to do again what once failed, the proposal will again have to be submitted to Congress for possible disapproval. But to see matters this way is also to see that the resolution of disapproval, *if it has this result*, is another diminution rather than enhancement of Congress's political accountability. The public can understand and respond at the polls to a *statute* that says "Hands off the funeral industry!". Resolutions of disapproval are much more opaque. And if impulses like these do explain resolutions of disapproval, it is particularly unwarranted to give them the consequence of (uncertainly) diminishing legal authority.

These impacts, together with the uncertainties about rulemaking effectiveness introduced by the simple fact of this process and the varying delays in effective date it may entail, will raise further the costs of rulemaking. Particularly at a time when government's resources generally are straitened, one can expect agencies to look for alternative means of accomplishing their business. They may be motivated to substitute a larger number of lower-consequence rules for "major" ones if that can lower their oversight exposures and costs; or to imitate congressional practice in dealing with the President by bundling vulnerable rules with others Congress would find politically difficult to disapprove; or to move from legislative rulemaking, if they can, to the issuance of guidance and policies

that, although not binding, may nonetheless help to shape desired conduct; or, most dramatically, to achieve what they can through case-by-case adjudication. With any of these consequences, note, the public will have lost engagement, responsibility, and accessibility to law at the agency level; and the agency's own processes for communicating its demands to the world it regulates will have become markedly less efficient.

II

When administrative adjudication developed, the model of the courtroom trial against which it developed was clear. Over a century or more, we have been working out what elements of that model are essential to fairness, and which can be displaced in the interests of improving efficiency and gaining (or at least not losing) accuracy.³⁴ Notably, we have produced not one but several workable models of agency adjudication, depending on the particular context. Among them we can find commonalities of concern with notice, with opportunities to be heard, to know and respond to opposing evidence, and with the right to have an impartial, reasoning decider who acts on the basis of the developed record. The APA specifies procedures rather close to the trial model for the most important of adjudications, but acknowledges the possibility of less formal proceedings; and both particular statutes and due process caselaw over the years have supplied a spectrum of procedurally less demanding alternatives.³⁵

The history of rulemaking, which has captured our attention for a much shorter span, has been one of adding rather than subtracting procedures in relation to the starting point model, the legislative process. To be sure, the governing *constitutional* holding concerning rulemaking, voiced in typically epigrammatic style by Justice Holmes, is that politics provides the citizens' only refuge; the interests of those affected by rules are to be "protected in the only way they can be in a complex society, by their power,

³⁴ Roger C. Cramton, *A Comment on Trial-Type Hearings in Nuclear Power Plant Siting*, 68 U.Va.L.Rev. 585 (1972); a particularly elegant evocation of the tradeoffs inevitably involved in procedural choices appears in Jerry Mashaw, *Bureaucratic Justice* 21-23 (1983).

³⁵ With characteristic insight, my casebook colleague Roy Schotland points out that changes in court trial practice since that time, in pre-trial procedures particularly and also in the mix of alternative dispute resolution techniques, suggest we should be examining our trial models as well - work, however, for another time and place.



immediate *or remote*, over those who make the rule.”³⁶ But the legitimacy of statutes is anchored by citizens’ votes for those who enact them; *remote* controls over those who make rules has proved more problematic — particularly as we have come to accept that politics as well as expertise is often, in fact, a central element in rulemaking judgment. In the half-century’s developments we have been reviewing, it is not hard to discern a working out of answers to that quite general and important problem, alongside the arguable obstructionism of those who wish simply to prevent rules, or the misguided analogy to trials sometimes made by courts that do not accept the difference of this enterprise.

It would be surprising, too, if those answers did not vary in relation to the nature and importance of the rule at issue. When the Supreme Court seemingly rebuffed the judicial procedural developments of the 1970’s in its *Vermont Yankee* decision³⁷ — in the event, it proved to have disapproved only the most trial-like of them — then-Professor Antonin Scalia remarked that one could not expect a single procedural model to fit all needs, that the project of an APA would make sense only if it contained a range of procedural models among which Congress could choose in creating particular programs.³⁸ When the identity of rulemakers and the nature of their rulemaking shifted from specialized, industry-embedded economic regulators setting details for their particular industries to general-competence agencies making nationwide judgments about health, safety and the environment, the nature of the questions asked and the stakes in their answers changed as well. The distinctions between “major” and other rules that have emerged in the decades following, and the heightened interest in problems of prioritization and risk assessment, reflect these changes. So, too, the emergence of settings in which rulemaking inevitably had a high science content during the 1970’s helped to identify public knowledge of an agency’s data-base — a subject entirely unaddressed in 1946 — as an essential element of rulemaking. For a rule that threatens to impose significant costs on the private sector on the basis of estimates

³⁶ *Bi-Metallic Investment Co. v. State Bd. of Equalization of Colorado*, 239 U.S. 441 (1915) (emphasis added). The State Equalization Board whose order raising *all* Denver assessment rates by 40% was at issue in the case was, it is not always noted, an elected body.

³⁷ N. 14 above.

³⁸ Antonin Scalia, *Vermont Yankee: The APA, the D.C. Circuit, and the Supreme Court*, 1978 Sup.Cl.Review 345 (1979)

entailing the resolution of scientific uncertainties projecting decades into the future, the importance of requiring public exposure for underlying studies, models, and factual assessments (mirroring scientific methodology) is quite independent of misplaced concerns about "adversariness." This element is missing when the issue is what choices of berry basket local fruit packers should have.

The original model of notice and comment rulemaking may remain entirely adequate for the latter sorts of judgments. It is not simply that such rules have lesser impact. A frequent characteristic of high-consequence health, safety or environmental regulation is that it seems to turn on factual issues that ought to be ascertainable, within the limits of scientific uncertainty that ought to be expressible. The proposition underlying a benzene exposure rule, for example, is that human exposure to benzene at a given number of parts per million for a given number of hours or weeks or years will produce a given number of cancers; the problem is finding out what these facts are. This apparent grounding in (hard-to-determine and controversial) propositions of general fact is not a characteristic of questions about berry baskets. Moreover, rules about berry baskets may be produced within a regulatory community that, on the whole, accepts the enterprise as a legitimate, even needed one; if individual outcomes may be in error, the community does not experience the process as one requiring special political legitimation. Indeed, in practice the traditional model appears still to be effectively in use for small-consequence, industry-specific rulemakings (such as may characterize, say, the Department of Agriculture's regulation of particular commodities).

Palpably, simple notice and comment rulemaking is not adequate for rules like those that require the private sector to expend many millions of dollars to avoid exposing workers or the public to relatively slight concentrations of particular chemicals, thought to cause cancer over long periods of exposure. Given both the uncertainties and the stakes, exposure of the agency's data and reasoning to public view and response, alongside the simple fact of its proposal, seems essential. The consequences for large sectors of the economy, perhaps varying from state to state or region to region, invite political as well as legalistic controls.³⁹ A contemporary

³⁹ This aspect is particularly well developed in relation to control of sulfur compound emissions from coal-fired electric generating plants. What tradeoffs are made between the type of coal



legislature redesigning American rulemaking should recognize the need for political legitimacy as well as legality, the evident differences between settings in which the citizen's power over those who make the rules is "immediate" and those in which it is "remote."

Moreover, it seems right that, for the most portentous rules, the issue of prioritizing must be faced. Society has limited resources for action, a limited capacity to sustain the costs of regulation. Any particular chemical that is regulated is just one among thousands that could have been chosen for response; which ones should be chosen? How do we value the effort to avoid cancer deaths through chemical exposures, at a given cost per life saved, against that to avoid cancer deaths from radiation exposures (nuclear power), or more immediate deaths through airplane or automotive accidents? Setting priorities in rulemaking, the earliest stage, is not simple. Even if we could eliminate uncertainties about such questions as how much "investment" would be required to save each human life for the various rules that might be pursued, choosing the best target(s) among them would be complicated by our distinctly non-linear attitudes toward the reduction of risk – by the fact that we accept levels of risk from activities that are voluntary, individual, open, immediate, mechanical, accidental, and/or the source of personal pleasure, that we do not tolerate in contexts that are involuntary, shared or potentially catastrophic, covert, delayed, health-related, and/or lacking in personal gratification. We regularly spend more to prevent time-distant, statistical cancers than immediate accidental deaths; more on relatively safe school buses than our personal automobiles; and so forth. These choices must be regarded as political rather than misguided.

Whatever procedures we chose, whether for selecting rulemaking targets or for acting on those targets we select, our choice must also recognize the needs for and the advantages of rules and rulemaking over their alternatives. Our choices will inevitably create incentives for the agencies themselves, and the possibility that agencies will react to some approaches by overspending on procedures, or by choosing alternative approaches

burned (high-sulfur, low-sulfur), the controls exercised over emissions (wet or dry scrubbing), requirements that old plants adjust or not to new controls, and issues of new plant location have profound effects on the mining economies of different states, whose coal has a sulfur content fixed by nature and whose generating facilities are already in place. See, e.g., Bruce Ackerman and William Hassler, *Clean Coal/Dirty Air* (1981).

that entail fewer procedural risks or costs to them but also disadvantage the public, requires forethought as careful as we now devote to the substance of the rules themselves. Procedural impact analysis is as necessary for a government of constrained resources, as regulatory impact analysis is for the economy as a whole. Our challenge is to find means of encouraging attention and responsibility without imposing debilitating costs, either directly or by putting into the hands of those who would simply prefer to avoid government action the means of inflicting them.

The burden of the current literature, briefly reviewed above, is that current rulemaking procedures taken as a whole fail this test. That analysis appears to be sustained in the dramatically slowed pace of rulemaking and in the straitened realities of American government. Current procedural requirements produce a procedural matrix so clogged and expensive that agencies are driven to evade, to seek out alternatives. As has already been suggested, Congress's recent actions and some of the current proposals threaten to complicate this picture further. Finding the "sweet spots" in the competition among the demands of fairness, accuracy and efficiency – for the case of rulemaking, one might add "democracy" – in establishing rulemaking procedures would be a significant challenge however earnestly one was seeking to learn the lessons of the past half century. There are few signs, however, that this challenge has yet been the "reformer's" guiding star.

Some contemporary American analyses effectively deny the possibility of a broadly public-spirited approach. "Public choice," a currently influential, economics-based approach to understanding political behaviors, explains legislators' behavior in terms of their wish to stay in power — to be reelected, little more. Public choice theorists find little surprising, in these terms, either in legislators' evasion of political responsibility for the outcomes of government action or their willingness to deal with issues of public policy strategically; here, the legislator will make an apparent commitment to a given policy, while there she will provide others the means with which to obstruct its realization, hoping in this way to secure the votes (support) of both groups. To these analysts, it was only to be expected (and by implication is not even an appropriate occasion for criticism) that Congress's recently enacted procedures for reviewing rulemaking will result in hidden, uncertain amendments to the statute if



they are successful, and denial of any responsibility for having reviewed the rule, if they are not. Professor Scalia drew on these analyses when he noted that procedures are not invariably sought as ends in themselves. Rather, interest group lobbyists seek procedures strategically — not for their procedural values as such, but because procedural rigor is all that their clients (who would prefer to oppose proposed legislation outright) can reasonably hope to achieve.⁴⁰ Public choice theory teaches the bleak lesson that nothing more is to be expected, that this is simply the natural working out of a situation in which securing reelection is the central motivator for legislators, and special interests can claim a disproportionate share of legislators' attention.

In my judgment, these are counsels of despair, premised on assumptions about human conduct that cannot be verified, and that lead inevitably to the bleakest views of human society. The description even of inevitable tendencies in human behavior need not invite normative acceptance of them. And the descriptive power of public choice analyses is limited; it cannot explain altruistic behaviors we encounter daily. Of course, the tendencies must be taken to be present; appreciation of them animated the Federalists and underlies the theoretical arguments against delegation.⁴¹ But in this complex world we will not escape delegation; the trick, as the Federalists themselves knew, is to structure it to promote its responsible exercise. And surely one of these secondary defenses is public disapproval. In their excesses and irresponsible elements, if *not* in their general direction, these outcomes reflect failures of a politically responsible legislative process. We can make the normative claims upon a legislature that it assume political responsibility for its acts, and that it fashion its procedural judgments from judgments about their quality as procedures (and not adventitious substantive program benefits they may confer upon special interests), even if we know that legislators will often be tempted, and sometimes act, otherwise.

The pursuit of such claims would produce a procedural set more like the current realities than the simple, single model of 1946. One cannot credibly argue against an agency's obligation to expose the facts it thinks

⁴⁰ *Id.*, 404-08.

⁴¹ N.3 above.

it knows (including their associated uncertainties); and some analytic structure for the prenotice period in important rulemaking, that includes formal opportunities for political inputs from the White House if not the Congress, seems equally called for. Yet recognizing the developments in public and political responsibilities these developments entail, we need to think carefully about the extent to which judicial review may now have become redundant or may enable types of strategic behavior whose costs (including the costs of agency defensive actions or of incentives to avoid rulemaking) may exceed any expected benefits. Just as we now argue for reliance on market-based incentives in lieu of command-and-control regulation in many (but not all) industrial circumstances, we need to consider in what circumstances proactive political guidance that can be provided by the President, and/or forms of congressional oversight, will supply adequate assurance that procedural values will be respected, and sound decision pursued. It is appropriate to limit the role of judicial review in contexts where President or Congress has taken political responsibility for agency outcomes, in part to avoid placing in private hands procedural weapons readily adapted to adventitious use.

Our judiciary already recognizes the fact of political control as an alternative to judicial control in a number of settings; Congress and the President, too, have each shown that they prefer to make this tradeoff in particular circumstances. The challenge we face, unsurprisingly like the rethinking of regulation generally, is to make such inquiries a routine part of our consideration. Doubtless the conclusions we reach will differ between environmental, health and safety rules (where both the economic stakes and the science/technology content of required judgment are high), and those of a more routine, berry-basket character. The important point, in my judgment, is that the inquiry be made. Politicians' efforts to substitute procedural specification for limitations on authority over substance will not disappear, because the former is politically easier to achieve, and can be disguised in the rhetoric of fairness. What we must find are means to brand those efforts as the service of special interests, a departure from normatively desirable legislative practice. We shall not otherwise continue to be able to govern.

**REGIMEN DEROGATORIO ENTRE
LOS ACUERDOS DEL CONGRESO,
LOS DECRETOS LEYES
Y LAS LEYES ORGANICAS**



**REGIMEN DEROGATORIO ENTRE LOS
ACUERDOS DEL CONGRESO,
LOS DECRETOS LEYES Y LAS LEYES ORGANICAS**

**Por Humberto Briceño León
Profesor de Derecho Administrativo U.C.V.
Miembro de la firma internacional de Abogados
Baker & Mc.Kenzie**

Un tema que en la esfera práctica del Derecho Constitucional y Administrativo venezolano tiene hoy suma importancia es el relativo a la naturaleza jurídica de los Acuerdos autorizatorios del Congreso, en especial al contenido normativo que algunas autorizaciones del Congreso han adoptado y que pretenden derogar disposiciones prescritas en otras leyes. En nuestra opinión, las autorizaciones adoptadas con la forma de acuerdos del Congreso no pueden prescribir normas que tengan efectos derogatorios sobre las leyes. En el mismo orden de interés práctico se sitúa el tema relativo a si los Decretos Leyes producen efectos derogatorios sobre las leyes en general y sobre las orgánicas en particular. Es nuestro criterio que los Decretos Leyes, a condición de algunos requisitos que plantearemos, si pueden tener efectos derogatorios sobre las Leyes Orgánicas.

**I.
ACUERDOS DEL CONGRESO Y SUS
EFECTOS DEROGATORIOS SOBRE LAS LEYES**

Parte de la doctrina y la jurisprudencia sostienen que los Acuerdos del Congreso son actos dictados en ejecución directa de potestades constitucionales y por tal razón deben ser ubicados en el mismo nivel de la ley aún cuando no sean verdaderas leyes. Así se afirma que desde el punto de vista de su ubicación en la jerarquía de los actos del Estado solo tienen un valor jurídico análogo al de las leyes. Estos tipos de actos, salvo dos excepciones, carece de contenido normativo y, además, para emitirlos no se sigue el procedimiento que prevé la Constitución para la formación de las leyes. En efecto, un sector de la doctrina estima que los Acuerdos del Congreso son actos parlamentarios sin forma de ley, con valor jurídico análogo al de la ley, pero que de los distintos tipos de actos parlamentarios sin

forma de ley, solo los Reglamentos Interiores y de Debates de las Cámaras del Congreso pueden tener contenido normativo y son fuentes de rango legal, ya que se emiten en ejecución directa e inmediata de la Constitución.¹ A este respecto, los partidarios de esa postura han afirmado:

“Estos acuerdos -o actos parlamentarios sin forma de ley- pueden emanar del Congreso Nacional (Const. art 138 p. 2°), de cualquiera de las dos Cámaras de Diputados (sic), privativamente (Const. art. 150), pero, **de todos ellos, tienen únicamente calidad normativa -por su contenido general- los Reglamentos Interiores y de Debates**”.² (Resaltado nuestro).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en Sala Política Administrativa, en sentencia de fecha 14 de septiembre de 1993, estableció que los Acuerdos del Congreso son actos que los cuerpos legislativos emiten “en ejecución directa e inmediata de disposiciones constitucionales, teniendo por tanto, sin serlo, rango equiparable al de la ley.”³ En el mismo sentido se pronunció la Corte en Pleno, en sentencia del 25 de enero de 1994.⁴

En nuestra opinión, los Acuerdos del Congreso, al igual que los demás actos parlamentarios sin forma de ley, tienen un rango jurídico semejante al de la ley debido a su naturaleza constitucional. El artículo 138 de la Constitución dispone:

“El Senado y la Cámara de Diputados se reunirán en sesión conjunta en los casos señalados por esta Constitución y las leyes...”.

En tal sentido, la Disposición Transitoria Decimatercera de la Constitución establece:

“Cuando la ley requiera para la validez de un acto la autorización, aprobación o sanción del Congreso Nacional, la decisión será tomada por las Cámaras en sesión conjunta, a menos que de la misma naturaleza del acto aparezca que debe seguirse el procedimiento para la formación de las leyes.”

¹ MOLES CAUBET, Antonio. *Lecciones de Derecho Administrativo.* Parte general, Caracas, 1987, Pág. 82.

² MOLES CAUBET, Antonio: Ob. Cit., Pág. 92.

³ PIERRE TAPIA, Oscar R. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Vol 8-9, Agosto-Septiembre de 1993, Págs. 151-163.

⁴ PIERRE TAPIA, Óscar R. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Vol 1, Enero de 1994, Págs. 41-43.



Las normas transcritas revelan que los Acuerdos del Congreso previstos en la Constitución o en normas legales que reiteran la previsión constitucional, son actos que jerárquicamente se ubican en el mismo plano que la ley formal, pero no tienen carácter legislativo.⁵ El hecho de que la doctrina y la jurisprudencia hayan acordado rango legal a estos actos no implica que se trate de leyes formales ni materiales. Los Acuerdos del Congreso son actos equiparables a la ley, pero sólo en cuanto a su jerarquía, lo cual, entre otras consecuencias, determina que la Corte Suprema de Justicia en Pleno sea competente para conocer los recursos de inconstitucionalidad que se intenten en su contra.⁶ En efecto, el artículo 215, ordinal 3° de la Constitución, en concordancia con el artículo 216 de la Constitución, atribuye competencia a la Corte Suprema de Justicia en Pleno para:

“Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y **demás actos de los cuerpos legislativos** que colidan con esta Constitución.” (Resaltado nuestro).

La Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia del 14 de septiembre de 1993, al interpretar la frase “demás actos de los cuerpos legislativos”, estableció que tales actos son los que se emiten en ejecución directa e inmediata de normas constitucionales, razón por la cual tienen rango equiparable al de la ley, desde el punto de vista de la ejecución de norma constitucional. Agrega, además, que todas las acciones de nulidad que se interpongan contra actos de esta naturaleza son del conocimiento exclusivo de la Corte Suprema de Justicia en Pleno. Está claro, entonces, que los Acuerdos del Congreso son equiparables a la ley únicamente en lo que respecta a su rango.

Sería posible argumentar, erradamente en nuestro criterio, que los Acuerdos que autorizan convenios, son actos de rango sublegal, es decir que no

⁵. Ernesto Wolf afirma: “Aparte de [las] facultades legislativas o casi legislativas, existen otras facultades, sin carácter legislativo, que las cámaras siempre ejercen juntas, reunidas en congreso. Las decisiones tomadas en el congreso reunido se llaman acuerdos. (WOLF ERNESTO *Tratado de Derecho Constitucional Venezolano*. Tomo I, Caracas, 1945, Pág. 337). En el mismo sentido, en criterio de Ambrosio Oropeza “no son leyes las determinaciones y actos de las Cámaras cuando ejercen funciones privativas, actos y determinaciones que comúnmente se llaman “acuerdos”. (OROPEZA, Ambrosio. *La Nueva Constitución Venezolana 1961*. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 24, Caracas, 1986, pág. 444).

⁶. Dentro de los actos de rango legal a nivel nacional, la doctrina mayoritaria incluye: i) las leyes; ii) los actos parlamentarios sin forma de ley; y iii) los actos de gobierno. Véase: BREWER-CARIAS, ALLAN R. *Derecho Administrativo*. Tomo I, Tercera Edición, Caracas, 1984, pág. 321 y 322.

tienen la misma jerarquía de las leyes, porque se dictan como consecuencia de lo dispuesto por ejemplo en el artículo 5° de la Ley de Reserva de los Hidrocarburos y no por efecto directo de la potestad que la Constitución acuerda al Congreso para dictarlos. En nuestra opinión, sin embargo, esa disposición de la Ley de Reserva es solo reiterativa de la que contiene la Constitución, y cuando el Congreso dicta el Acuerdo respectivo, lo hace porque la Constitución directamente le ha otorgado esa potestad y no por la reiteración que hace la Ley de Reserva. En todo caso, si se admite esta tesis sería fácil concluir que los actos de jerarquía inferior a la ley no podrían regular materias estatuidas en la ley y, por lo tanto, no podrían abrogarla o modificarla.⁷

La ley puede definirse desde dos puntos de vista: el formal y el material. De acuerdo con el artículo 162 de la Constitución, las leyes formales son los actos sancionados por las Cámaras Legislativas actuando como cuerpos colegisladores y conforme al procedimiento pautado en la Constitución para la formación de las leyes. Entonces, no basta que el acto emane del Congreso para que sea considerada una ley, sino que es requisito *sine qua non* que para su elaboración se siga el procedimiento que establece la Constitución para la formación de la ley. Desde esta perspectiva formalista, lo que caracterizaría al acto legislativo es, pues, el órgano que lo dicta y el procedimiento seguido para su formación, no tomándose en cuenta para la definición formal el contenido general o individual de dicho acto.⁸

Un importante autor sostiene que el Congreso desarrolla dos tipos de actividades: la legislativa y la contralora de la administración pública y del gobierno.⁹ Para este autor, el Congreso no solo dicta leyes, sino otros actos que están reservados o son competencia exclusiva de cada Cámara. Si nos atenemos solamente al órgano de donde emanan -el Congreso- dichos actos serían formalmente leyes, razón por la cual es necesario to-

⁷. La única diferencia se plantearía, en nuestro criterio, en cuanto a la competencia para conocer de la impugnación de tales actos, la cual corresponde, de acuerdo con el artículo 42, numeral 11 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, a la Sala Político Administrativa.

⁸. Andueza afirma que lo normal es que una ley formal tenga contenido normativo, pero que es posible que no lo tenga. "Esta hipótesis suele presentarse con las aprobaciones u autorizaciones otorgadas por las cámaras legislativas bajo la forma de ley". Véase: ANDUEZA, JOSÉ GUILLERMO. "Los actos recurribles por inconstitucionalidad en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia", en *El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*. Caracas, 1979, pág. 53.

⁹. ANDUEZA, José Guillermo. *El Congreso*, Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1975, pág. 36.



mar en cuenta si se ha seguido el procedimiento constitucional para la elaboración de la ley.¹⁰ Entonces, en sentido formal es ley todo acto que emane del Congreso siguiendo el procedimiento previsto en la Constitución, por lo que los Acuerdos del Congreso no pueden ser incluidos dentro de esta categoría formalista.

Desde el punto de vista material, “la función legislativa consiste en la producción de normas jurídicas, o sea, de reglas generales, abstractas e innovadoras. La *generalidad* de la norma se caracteriza porque ella se dirige a un número indeterminado de destinatarios; la *abstracción*, porque ella es susceptible de indeterminadas aplicaciones concretas; y la *innovación*, porque ella crea un derecho nuevo (*jus novum*).”¹¹ En este caso, se trata de actos que, sin poseer las características de una ley formal, tienen carácter normativo y algunos de ellos tienen la misma fuerza derogatoria de las leyes, como los llamados “actos con fuerza de ley”.

En la doctrina venezolana, los actos con fuerza de ley han sido identificados con los Decretos Leyes, esto es, los actos emanados del Poder Ejecutivo de conformidad con el artículo 190, ordinal 8º de la Constitución, mediante los cuales se establecen reglas de derecho sobre materias propias de la ley formal. Un autor añade a la categoría de Decretos Leyes los dictados en suspensión de garantías constitucionales y los que surgen con motivo de la creación de servicios públicos.¹² Otro, señala que los Decretos Leyes contienen normas de derecho, y tienen la misma fuerza derogatoria de las leyes.¹³ En este sentido, se ha sostenido que los Decretos Leyes tienen la fuerza y el valor de una ley, razón por la cual pueden derogar o reformar una ley en forma total o parcial y pueden ser objeto de una acción por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia.¹⁴ Fuera de los Decretos Leyes y los antes señalados, no existe en nuestro ordenamiento jurídico otro tipo de actos con fuerza de ley.

¹⁰. ANDUEZA, José Guillermo, Obr. Cit, pág. 40.

¹¹. ANDUEZA, José Guillermo, Obr. Cit, pág. 36.

¹². FERNÁNDEZ, Gerardo. *Los Decretos-Leyes* (La facultad extraordinaria del artículo 110 ordinal 8º de la Constitución) Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pág. 13.

¹³. LARES MARTÍNEZ, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*. Octava Edición, Caracas, 1990, pág. 105.

¹⁴. ANDUEZA, José Guillermo, Obr. Cit, pág. 47.

Los Acuerdos del Congreso, no tienen fuerza de ley, porque no son leyes en sentido formal ni material.¹⁵ No son leyes formales porque para su formación las Cámaras Legislativas no siguen el procedimiento previsto en los artículos 162 y siguientes de la Constitución, y no son leyes en sentido material porque no tienen ni pueden tener contenido normativo, esto es, no gozan de los atributos de generalidad, abstracción e innovación propios de la ley material.

Los comentaristas del Código Orgánico Tributario, al interpretar el término “actos con fuerza de ley”, solo se refieren a los decretos leyes. Así, uno de esos autores afirma:

“Respecto a los “actos con fuerza de ley” debe tenerse en cuenta que, según establece la Constitución Nacional en el artículo 190, ordinal 8°, “Son atribuciones del Presidente de la República dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera, cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ello por ley especial.

En virtud de lo señalado en el párrafo anterior, surgen una serie de “actos” del Poder Ejecutivo, que tienen “fuerza de ley” y que se ubican individualmente en lo que se llama “Decreto ley delegado.”¹⁶

Los Acuerdos del Congreso autorizatorios son actos parlamentarios de control que no tienen carácter legislativo. En consecuencia, no pueden regular materias que han sido reservadas a la ley, como las referentes a aquellas que inciden directamente sobre esferas de los derechos y garantías constitucionales.

El imperio de la ley y la reserva legal constituyen piedra angular del constitucionalismo contemporáneo. El imperio de la ley significa para el Congreso, entre otras cosas, que no pueda alterar, modificar o derogar las leyes a través de actos emitidos sin seguir el debido procedimiento legisla-

¹⁵ Los “actos con fuerza de ley” son “actos-regla a los que el ordenamiento constitucional atribuye las características de leyes en sentido material, aunque no reúnan todos los requisitos formales de las leyes y sean denominados de otra manera.” Véase: Reforma Tributaria para América Latina III. *Modelo de Código Tributario*. Preparado para el programa conjunto de tributación OEA/BID. Unión Panamericana, Washington, DC, 1968, pág. 8.

¹⁶ BOEDO CURRÁS, Manuel. *Código Orgánico Tributario al alcance de todos*. Ediciones Librería Destino, Caracas, 1994, pág. 13. Véase, en el mismo sentido: Legislación Económica, C.A. *Código Orgánico Tributario*, pág. 31.



tivo. Ello supone que la ley no pueda modificarse por acuerdos del Congreso. Admitir lo contrario sería, parafraseando a Schmitt, haber sustituido el absolutismo monárquico por el absolutismo parlamentario.¹⁷

El Tribunal Constitucional Español ha señalado que la reserva legal “impone al legislador una barrera infranqueable”.¹⁸ Esto implica, en nuestro criterio, que el Congreso solo puede regular las materias reservadas a través de leyes y no a través de otro tipo de actos que no sean de carácter general (concepto material de ley), y siguiendo el procedimiento previsto para tal fin (concepto formal de ley). Así, en opinión del Tribunal Constitucional Español, estas materias solo pueden ser reguladas por leyes generales y no a través de medidas legislativas singulares.¹⁹

Así las Cámaras Legislativas no pueden decidir por Acuerdo cuestiones o materias que por su importancia o naturaleza deben ser tratadas por ley. De lo contrario -afirma el tratadista Rodríguez Cirimele- “se desvirtuaría la voluntad del constituyente de que los actos jurídicos mediante los cuales se norman y resuelven materias esenciales del propio Estado y a los individuos fueren leyes sancionadas mediante un especial procedimiento, asegurador de múltiples valores, pautado en la propia Constitución.”²⁰ Otro tratadista sostiene que cuando el Congreso legisla sobre alguna de las materias de la competencia nacional o sobre el funcionamiento de los poderes públicos nacionales debe hacerlo por vía de generalidad”. Ello reafirma que las materias de la competencia nacional sometidas a la reserva legal previstas en el artículo 136 de la Constitución, deben ser reguladas con carácter general por las Cámaras Legislativas actuando como cuerpos colegisladores y siguiendo el procedimiento previsto en la Constitución,²¹ no siendo constitucionalmente válida su regulación a través de Acuerdos.

¹⁷. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Editora Nacional, México, DF., 1961, Pág. 162 y sgtes.

¹⁸. Sentencia del Tribunal Constitucional Español del 16 de marzo de 1981, citada por: COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo I, segunda edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, pág. 320.

¹⁹. Sentencia del Tribunal Constitucional Español del 19 de diciembre de 1986. Cfr: por: Cosculluela Montaner, Luis. Ob Cit, pág. 320.

²⁰. RODRÍGUEZ CIRIMELE Alejandro, en “*Contratos de Interés Nacional*”. Ediciones del Congreso de la República, pág. 7 y 8

²¹. ANDUEZA, José Guillermo: Ob Cit, Pág. 41

II LOS DECRETOS LEYES Y LAS LEYES ORGÁNICAS

Es nuestro criterio que un Decreto Ley pudiese tener efectos derogatorios sobre las leyes en general y los organismos en particular, siempre que cumpla con requisitos que planteamos en el presente estudio.

La disposición constitucional que autoriza al Presidente de la República a dictar ese tipo de medidas económicas con fuerza de ley es la contenida en el artículo 190, numeral 8° de la Constitución:

“Son atribuciones y deberes del Presidente de la República:(...)”

8) Dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ello por ley especial”

Los Decretos Leyes deben cumplir con una finalidad extraordinaria que ha justificado que se acuerden poderes, también extraordinarios, concurrentes con las circunstancias que así lo han requerido. Por ello la finalidad de los Decretos Leyes nos impone interpretar su fuerza derogatoria en concordancia con la finalidad que dichos actos persiguen. Distinta interpretación nos indicaría que los Decretos Leyes no podrían derogar los obstáculos previstos en algunas leyes contrarias a la solución extraordinaria que quisiera adoptar.

Respecto a la problemática de la amplitud de la autorización de las leyes habilitantes, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 2 de julio de 1986, sostuvo que no era necesario que la habilitación fuese expresa, siempre que el contenido de los Decretos Leyes dictados con fundamento en esa autorización amplia se ajuste al fin para el cual la autorización fue otorgada. En la misma sentencia, la Corte mantuvo el criterio según el cual es posible que el Presidente dicte un Decreto Ley con fundamento en una autorización amplia, si dicho Decreto Ley no colide con alguna norma contenida en la ley habilitante, ya que el Presidente tiene facultad discrecional para escoger el medio para lograr la finalidad de reforma económico financiera. Para fundamentar su apreciación la Corte efectúa un análisis o una interpretación bastante amplia, al precisar:

“...no era indispensable que la Ley habilitante, de manera directa, dijese que le facultaba para crear institutos autónomos, pues la posibilidad de hacerlo podía surgir de su necesidad a fin de cumplir el encargo que le dio el Congreso de la



República: establecer sistemas de seguros de cuentas y mecanismos para la recuperación de bancos y la protección del sistema financiero nacional. Lo importante, pues, es que el objeto del instituto creado por el decreto se ajusta a la autorización dada al Presidente en virtud de la ley invocada, sin que fuese menester la expresa indicación al respecto, porque, sin duda, se halla implícita en el ámbito y alcance de la autorización conferida al Presidente. Es cierto que la Ley Orgánica Habilitante no dice -expresamente- que el Presidente de la República podrá crear institutos autónomos. (...)

Es cierto que, por la letra b) del numeral 1° de la Ley "habilitante", el Presidente fue especialmente autorizado para modificar, suprimir, fusionar o liquidar los institutos autónomos", esto es, expresamente no se le facultó para la creación de tales entes. Mas, si se compara esta norma con el numeral 13), se halla sin duda, la explicación; en efecto, la posibilidad de modificar, suprimir, fusionar o liquidar lo era -según precisa la letra b) del numeral 1)- "a los fines de lograr la reducción de los gastos, facilitar el control de los entes descentralizados y adecuar la adscripción de éstos a la estructura sectorial de la administración central"; en cambio, el Poder Legislativo -que autorizó al Presidente para alterar la estructura de los institutos autónomos que existían en ese momento -quiso ser amplio con el seguro y, por ello, facultó para "establecer sistemas" sin indicar, expresamente, que fuese a través y por medio de un instituto autónomo, porque si antes lo autorizó para modificar los existentes con miras a reducir el gasto, facilitar su control y adecuarla, dejó en manos del Presidente la forma que estimase adecuada y apropiada para poner en marcha el sistema de seguro y crear, si fuese el caso, el ente que se encargara de ello. Fue claro el propósito del legislador de autorizar, de manera abierta y franca, al Presidente para dar forma a la aplicación del mandato conferido, sin colidir con la meta fijada en la letra b) numeral 1).

En consecuencia, no se ha infringido los denunciados artículos... Así se declara."²²

Al respecto, merece indicar que la opinión del Dr. Eloy Lares Martínez conviene en atribuir poderes flexibles al Ejecutivo en los términos siguientes:

Cualquiera que sea el criterio que se tenga acerca de la naturaleza jurídica de la ley habilitante, se arriba a la misma conclusión. Si se opina que la ley habilitante contiene sólo una autorización destinada a legitimar el ejercicio de poderes propios del Presidente de la República, habrá que reconocer que el Poder Ejecutivo podrá, según su libre determinación, ejercer o no las facultades extraordinarias o ejercerlas en forma moderada, vale decir, en espacios más estrechos que los con-

²². Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 2 de julio de 1986. Caso Vicente Lecuna Escobar contra el Decreto 540 del 20-3-85, contenido del Estatuto de Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria. Consultada en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. *Gaceta Forense* N° 133. Vol 1. Año 1986.

templados en la ley habilitante. Si se sustenta la tesis de la delegación, ésta implica la facultad de estatuir como lo haría la autoridad delegante; es decir, el Presidente de la República pasa a ocupar la posición del Congreso en relación con el objeto de la delegación, lo que significa que el Poder Ejecutivo queda en capacidad de legislar sobre ese objeto con la misma libertad con que lo haría el Congreso; de donde se concluye que el Poder Ejecutivo podrá flexiblemente proveer, sin estar rigidamente ligado a los términos de la ley habilitante”²³.

El rango de ley de los Decretos Leyes dictados en ejercicio de la facultad prevista en el ordinal 8º de la Constitución de la República ha sido reconocido tanto por la jurisprudencia como por la doctrina.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, la sentencia precedentemente citada, dejó claramente establecido:

“En consecuencia, no fue un acto unilateral y arbitrario del Presidente de la República, sino que se basó en la Ley Orgánica que lo autorizó para dictar medidas de conformidad con la previsión contenida en el Ordinal 8º del Artículo 190 de la Constitución. De acuerdo con los Artículos 2 y 3 de esa Ley Orgánica, el Presidente quedó facultado para dictar, mediante decretos, las medidas reservadas, siendo de destacar que, conforme al Artículo 3, tales decretos tendrían la misma fuerza, valor y eficacia de una ley, porque establece: “...en caso de que el decreto dictado constituya una reforma legislativa, se observarán las provisiones de la ley de publicaciones oficiales”.

Lo anterior significa, claramente, que los actos decretados por el Presidente, si bien nominalmente tienen la categoría de “decretos presdenciales” o “decretos del Presidente en Consejo de Ministros” (actos del Poder Ejecutivo), pueden tener, en ejecución de la autorización dada, el efecto o transcendencia de una ley, puesto que se le facultó para modificar leyes vigentes y, por consiguiente, perfectamente los decretos -dentro del ámbito de la autorización- pueden tener el mismo rango de los actos del Poder Legislativo llamados leyes, esto es, se inscriben dentro de la categoría conocida como decretos leyes: actos del Poder Ejecutivo que, excepcionalmente, tienen la misma fuerza de una ley, sin haber cumplido los requerimientos que para la formación de esa clase de actos legislativos establece la Constitución (concepto de ley formal)”²⁴

²³. LARES MARTÍNEZ, Eloy. *Extensión y Límites de las Facultades Extraordinarias*. En Revista de Derecho Público N° 20. Octubre-Diciembre 1984, págs 51,52 .

²⁴. (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Caso Vicente Lecuna Escobar contra el Decreto 540 del 20-3-85, contenido del Estatuto de Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria. Consultada en *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Gaceta Forense N° 133*. Vol I. Año 1986, pág 7)



Por su parte, Carlos Ayala ha señalado:

“Ahora bien, en todo caso, debe entenderse que la autorización produce un efecto normal, cual es el de permitir al Ejecutivo Nacional dictar normas con rango de ley. En efecto, el Ejecutivo Nacional no necesita de autorización alguna; podrá dictar las medidas ordinarias para las cuales está facultado constitucionalmente, vgr. reglamentar total o parcialmente una ley (artículo 190, ordinal 10^o). **Por ello el contenido normativo de rango y valor legal de las medidas resulta de su carácter extraordinario (...). Para Andueza, la fuerza de ley de las medidas extraordinarias derivan de un mandato implícito de la Constitución, pues no hay disposición expresa que la consagre.** No obstante,

(...) esta conclusión resulta de una interpretación armónica del ordinal 8^o del artículo 190 de la Constitución y del artículo 226 ejusdem. Este último artículo reserva a la ley el establecimiento o modificación de los impuestos. Sin embargo, el aparte único de dicho artículo expresa que esa disposición ‘no limita las facultades extraordinarias que se acuerden al Ejecutivo Nacional en los casos previstos por la Constitución’

“Por lo cual resulta claro en la Constitución, que las medidas extraordinarias de carácter normativo que en materia económica o financiera pueda dictar el Presidente de la República, tienen el mismo rango y fuerza de Ley.

Esta ha sido por demás, la interpretación constante que en la práctica constitucional le ha dado el Congreso y el Ejecutivo Nacional, en los casos en que se ha aplicado dicha disposición”.²⁵

Finalmente, el rango de ley de los Decretos Leyes ha sido reconocido por otros destacados autores tales como Allan R. Brewer Carías, Gonzalo Pérez Luciani, José Guillermo Andueza, Antonio Moles Caubet, y en diversos dictámenes de la Procuraduría General de la República.

El Dr. Gerardo Fernández ha subrayado que el calificativo de orgánica dado a la una determinada ley habilitante no constituye un elemento determinante para sostener que un Decreto Ley pueda modificar a una ley orgánica²⁶.

En nuestra opinión, el efecto derogatorio de un Decreto Ley sobre una ley orgánica no tendría como fundamento el hecho de que la ley habilitante

²⁵. AYALA CORAJO, Carlos *Intervención Legislativa en la Economía* En Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Enero-Diciembre 1988. Nos. 39-40, Caracas, pág. 195) (Resaltado nuestro)

²⁶. Cfr. Fernández, Gerardo: Ob Cit.

haya sido calificada de orgánica, tampoco que expresamente se haya incluido en la ley habilitante la mención de que se modifique a la “Ley Orgánica...”, sino la previsión constitucional que autoriza al Presidente a dictar “medidas económicas y financieras cuando así lo requiera el interés público”.

La finalidad perseguida por los Decretos Leyes es la de producir normas de rango legal sin cumplir los procedimientos ordinarios previstos en la Constitución para producir las leyes. Parte del procedimiento para la emanación de la ley es el requerido voto especial para la calificación de una ley como orgánica (mayoría absoluta de los miembros de cada cámara). Como antes se señaló, la Exposición de Motivos de la Ley Habilitante de 1994 expresamente prevé:

“ Esta iniciativa (el proyecto de ley habilitante) obedece básicamente al supuesto de perentoriedad que el Ejecutivo Nacional atribuye a la crisis(...) . **Dramática realidad que obliga, en nuestro concepto, a obviar el procedimiento ordinario establecido para la formación de las leyes, lo cual, de conformidad con la normativa constitucional, sólo es viable mediante la promulgación de la ley habilitante** que formalmente proponemos, con la conocida circunstancia favorable de que , aprobados como están ya los proyectos del Ejecutivo por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, su conversión en leyes podría producirse de inmediato...”

Por otra parte, las Exposiciones de Motivos de las leyes habilitantes de 1974 y 1984 han señalado la necesidad de que se dicten las medidas extraordinarias con celeridad, ello nos permite concluir que del espíritu del legislador se infiere que para su prolongación no sea necesario acudir a los procedimientos ordinarios de creación de normas previstos en la Constitución.²⁷

Igualmente la Procuraduría General de la República ha afirmado en diferentes dictámenes que el carácter extraordinario de esas medidas es lo que permite derogar a las leyes formales (sin distinguir entre ordinarias y orgánicas), pues se entiende que cuando el Ejecutivo tiene esos poderes se aporta íntegramente del procedimiento de creación de normas previsto

²⁷. En la Exposición de Motivos de la Ley Habilitante de 1974 se expresó: “ La complejidad de los problemas, la necesidad de tomar decisiones coetáneas sobre materias diferentes, la urgencia en su adopción para que no se anulen o distorsionen sus efectos, hacen inconveniente la vía de la legislación ordinaria y el Ejecutivo Nacional carece de facultades para enfrentar simultáneamente los problemas económicos y financieros que perturban la actividad nacional”



en la Constitución, y por ello de los efectos calificadores de las leyes como orgánicas.

En efecto, nos permitimos citar criterios de la Procuraduría General de la República en los cuales se sostuvo:

“El decreto que dicta el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, en uso de la atribución que le confiere el ordinal 8° del artículo 190 de la Constitución, tiene la fuerza y el valor de una ley.

Por tanto, este decreto puede derogar o reformar total o parcialmente una ley y puede ser accionado por inconstitucionalidad. A su vez, las disposiciones del decreto ley sólo pueden ser derogadas por una ley o por otro decreto ley. (*20 años de Doctrina de la Procuraduría General de la República*. Tomo V. 1962-1981. Caracas, pag 44.)

El procedimiento de las “**autorizaciones legislativas**” ha sido plenamente admitido por nuestro derecho positivo desde la Constitución de 1945, y se encuentra actualmente consagrado en el artículo 190, ordinal 8vo., de la Constitución vigente. Es la opinión de este Despacho que esta técnica que tiene fecunda raigambre histórica (lo que demuestra la necesidad de su empleo) y una sólida base científica (en la teoría de la “*variedad requerida*”), permite producir regulaciones normativas con el **valor de ley formal**, y no constituye una “**delegación de funciones**” (Antonio Moles) ni el “**ejercicio de atribuciones propias mediante autorización**” (Tesis de Lares Martínez), sino un supuesto de “atribuciones compartidas” para cuyo ejercicio los Poderes Legislativos y Ejecutivo deben actuar en concierto (Tesis de José Guillermo Andueza).

Entendidas estas “autorizaciones legislativas” de la manera arriba indicada, luce una consecuencia lógica interpretarlas extensivamente. De entrada, porque no se trata del ejercicio de atribuciones que correspondan “exclusivamente” al Poder Legislativo, sino de atribuciones que “normalmente” ejerce el mismo y que “excepcionalmente”, cuando los requisitos y condiciones constitucionales se han dado, puede ejercer el Ejecutivo, puesto que a él también le corresponden. Esto sería reafirmado por la tendencia a no ver con rigidez el principio de la separación de poderes, y por la tesis de las «atribuciones compartidas» respecto a la naturaleza de la habilitación.

Y luego, porque la tendencia actual en el ordenamiento jurídico francés, que dió origen al derecho administrativo y que ha inspirado al maestro de una manera evidente, consiste en interpretar de una manera bastante amplia la autorización, a la que llaman incluso “Ley de Orientación”, para significar que es sólo una plataforma sobre la cual el Ejecutivo puede nombrar discrecionalmente, con tal que respete los límites establecidos. Así, el objeto de la habilitación ha sido interpretado de una manera extensiva por el juez administrativo (Consejo de Estado, 1 de junio-

de 1959, Girault et Syndicat de 1^o enseignement secondaire, Recuell Lebon p. 359). (Dictamen del 26/3/86. *Doctrina de la Procuraduría General de la República*. 1986. Caracas-Venezuela. pags 69- 70 y 72-73.)

Por su parte, el maestro García Pelayo al referirse sobre este particular indicó:

“Nuestra época de acentuado carácter dinámico exige en muchas ocasiones una legislación igualmente dinámica, una “legislación motorizada”, para emplear la expresión con que Carl Schmitt designa a los decretos leyes; exige una legislación flexible que pueda adaptarse a los cambios de los acontecimientos regulados; exige oportunidad: una medida si se toma hoy puede ser eficaz, pero deja de serlo si toma dentro de ocho días, etc., todo lo cual exige lo que se ha llamado “procedimientos simplificados de legislación”.²⁸

Asimismo, conviene precisar que el profesor Humberto La Roche enfatiza el carácter y rango de ley de los Decretos Leyes afirmando la ruptura del principio de jerarquía de los actos jurídicos en la forma siguiente:

“De allí que ensayando posiciones eminentemente de Derecho Positivo se haya ideado la doctrina de la jerarquía de los actos jurídicos, conforme a la cual la explicación de la habilitación legislativa viene del Derecho Positivo. Es decir, la abrogación o modificación de una ley mediante decreto, y la manera más simple de explicar jurídicamente este hecho debe considerarse como un fracaso de la tesis de jerarquía de los actos jurídicos.

Por ello se debe sostener que la ley de habilitación suspende en forma objetiva, en beneficio del gobierno, el principio de *la jerarquía de los actos jurídicos* en las relaciones entre derecho y ley; ello en las materias que se definen y por una duración que generalmente se precisa. No se trata de determinar si la calidad jurídica del decreto o de la ley ante los cuales estamos en presencia, cambia: la ley queda ley y el decreto queda decreto; es el principio de la sumisión del decreto a la ley el que experimenta alteraciones.²⁹

Dos autores Gerardo Fernández y José Luis Aguilar Gorrondona parecen afirmar la posibilidad de que un Decreto Ley derogue a una ley orgánica. Así, Gerardo Fernández, citando a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que un Decreto Ley puede modificar igualmente una ley orgánica si así lo autoriza la ley especial, así nos dice:

²⁸. GARCÍA PELAYO, Manuel: “Algunos temas de Derecho Constitucional Contemporáneo”. En: Revista de la Facultad de Derecho de la UCAB. N° 23. Año lectivo 1976- 1977. Caracas, pag 290.

²⁹. LA ROCHE, Humberto J: “Las habilitaciones legislativas en Venezuela” Universidad del Zulia. Facultad de Derecho. Maracaibo. 1976, pag 25



“Esta norma constitucional (refiriéndose al artículo 163 de la Constitución) ha traído como consecuencia una anarquía total en la calificación de las leyes. Poco importa cual ley puede tener la calificación de “orgánica”; todo depende de las circunstancias políticas y de la importancia que se le quiera dar a un proyecto específico.

(...)

La confusión reinante ha permitido que el Venezuela un decreto ley pueda modificar una ley orgánica, siendo tal el caso del Artículo 1, numeral 6° de la Ley habilitante del 22 de junio de 1984, que autorizó al Ejecutivo a reformar la Ley Orgánica del Servicio Consular y así lo concretó el Decreto ley N° 362 de fecha 27 de noviembre de 1984, publicado en la Gaceta Oficial N° 3488 Extraordinario de fecha 26 de diciembre de 1984.

Ello es una muestra evidente de cómo una norma de menor jerarquía, un decreto ley, que no tendría el carácter de “Ley Orgánica”, puede modificar una de mayor jerarquía como es el caso de la Ley Orgánica del Servicio Consular.

(...)»³⁰

Por su parte el Dr. José Luis Aguilar Gorrondona al referirse a la derogatoria de las leyes orgánicas ha señalado:

“ En términos generales y de acuerdo con el principio de que para extinguir una norma es necesario cumplir con los mismos requisitos que para crearla, creemos que es obvio que una ley orgánica sólo puede derogarse por otra ley orgánica.

Este principio uniforme trae sin embargo consecuencias diferentes según se trate de leyes orgánicas por denominación constitucional o de leyes orgánicas por investidura parlamentaria. En el primer caso, basta la aprobación de una ley incompatible con la anterior que tenga el mismo nombre o que regule la misma materia o que se resuelva la misma cuestión por la cual la ley que se deroga constituía una ley orgánica por denominación constitucional; mientras que en el segundo caso es necesario que la ley derogatoria sea investida del carácter de ley orgánica por el voto calificado exigido por el artículo 163 de la Constitución”.³¹ (Resaltado nuestro)

Según Aguilar Gorrondona, pareciera que las leyes orgánicas por denominación constitucional pueden ser derogadas por otras leyes que regulen la misma materia o que resuelva la misma cuestión. Siguiendo el criterio de este autor, una ley orgánica por denominación constitucional (artículo 231 de la Constitución) pareciera que pudiera ser derogada por

³⁰. FERNÁNDEZ, Gerardo. Ob Cit., 1992, págs. 69-70).

³¹. AGUILAR GORRONDONA, José Luis. “Las Leyes Orgánicas en la Constitución de 1961”. Estudio Sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera. Tomo III, UCV, pág. 1981) (Resaltado nuestro).

otra ley que regulase la misma materia aun cuando no llevase el calificativo de orgánica, pues para el mencionado autor la existencia de las leyes orgánicas por denominación constitucional obedece "al deseo del constituyente de que en ciertas materias de particular importancia exista una ley orgánica -cualquiera que sea el contenido concreto de sus normas- en torno a cuya sujeción, quedan coordinadas las demás leyes que se dicten al respecto; mientras que la existencia del segundo grupo de leyes orgánicas [por investidura parlamentaria] obedece al deseo del constituyente de que el Parlamento pueda dar jerarquía especial a ciertas leyes cuando su contenido así lo crea conveniente".³²

Debemos mencionar que el Dr. Leopoldo Palacios niega expresamente la posibilidad de que un decreto ley derogue una ley orgánica con base en el siguiente razonamiento:

"Por supuesto, que un decreto ley puede modificar, como lo haría cualquier norma legislada, una ley ordinaria preexistente, bien sea ésta general o una ley especial; e incluso, como lo prevén los artículos 177 de la Constitución Nacional y 7° del Código Civil, puede derogar una ley, pero en ambos casos, tanto la ley modificada como la derogada, tienen que regular materias de las expresamente señaladas en los ordinales 8° y 11° del artículo 190 Constitucional.

Por lo que respecta a la posibilidad de modificar o derogar una ley orgánica mediante un decreto ley, ello si no es posible, puesto que el decreto ley no podría jamás cumplir con las exigencias del artículo 163 ejusdem."³³

No obstante la anterior afirmación, el Dr. Leopoldo Palacios agrega:

"A tenor del artículo 177 Constitucional y el artículo 7° del Código Civil, las leyes no se derogan si no por otras leyes (de las previstas en el artículo 162 de la Constitución); pero como la ley orgánica exige un procedimiento especial para su aprobación (artículo 163 de la Constitución) y por supuesto, igual procedimiento debe seguirse para modificarla o derogarla y el decreto ley, por su propio origen, no debe cumplir tales exigencias, es lógico concluir que mediante estos no se puede modificar ni derogar una ley orgánica.

Sin embargo, es discutible si la ley de habilitación o habilitante, puede ser investida del carácter de orgánica, en razón de las materias que serán objeto del decreto ley (ordinales 8° y 11° del artículo 190 de la Constitución)."³⁴

³² Ib.Ib. (Ayala Corao, Carlos *Intervención Legislativa en la Economía*

³³ PALACIOS, Leopoldo, "Notas Sobre Técnica Legislativa: como se interpreta la ley." Ediciones del Congreso de República, Pág. 97

³⁴ Ib. Ib.



La Corte Suprema de Justicia ha sentenciado que mediante ley puede derogarse una ley orgánica. Sobre este aspecto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en fecha 22 de marzo de 1988, por vía de dictum señaló:

“La Constitución, al otorgar al Presidente de la República la facultad de dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera, cuando así lo requiera el interés público, reconoce implícitamente al Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional, como propia, la facultad de legislar en situaciones extraordinarias que afecten seriamente la vida económica y financiera del país, de allí que pueda afirmarse que en estos específicos casos el Poder Ejecutivo comparte con el Poder Legislativo previa de este último por Ley especial. Por ello, al acoger la norma constitucional contenida en el Artículo 163) el criterio formal para calificar ciertas leyes como “orgánicas”, nada impide que el Presidente de la República en ejercicio de atribuciones legislativas propias que le reconoce la Constitución, dicte Decretos leyes que bien puede modificar una Ley “orgánica” anterior, cuya normativa priva sobre las leyes especiales que regulen la materia, como expresa el aparte único del Artículo 163) citado, si así lo autoriza la Ley especial que dicten las Cámaras, puesto que será en este texto normativo donde se establecerán con carácter preciso las materias económicas y financieras, así como los límites y condiciones dentro de los cuales podrá ejercer el Presidente la facultad que le viene dada constitucionalmente. Ello justifica el señalamiento que contempla el Artículo 1º) de la Ley Habilitante de 1984, acerca de las materias a regular y el lapso durante el cual el primer magistrado podrá hacer uso de tal facultad”³⁵

El fallo anterior reconoce expresamente la posibilidad de que los decretos leyes dictados conforme al artículo 190 ordinal 8º de la Constitución deroguen disposiciones de una ley orgánica, si así lo autoriza la ley especial. En esa sentencia la Corte no exigió que la ley habilitante señalara expresamente la autorización para modificar específicamente una determinada ley orgánica, pero sí señala -aun cuando no era la materia de fondo debatida- que es posible la derogatoria de leyes orgánicas por decretos leyes siempre y cuando éstas se dicten conforme a la ley habilitante.

En conclusión, es nuestra opinión que un Decreto Ley puede tener efectos derogatorios sobre la ley orgánica siempre que dicha abrogación legislativa sea necesaria para el logro de la finalidad que el legislador habilitante

³⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 22 de marzo de 1988. Caso Solicitud de nulidad por inconstitucionalidad del numeral 10 de la ley habilitante del 22 de junio de 1984 y del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios. Consultada en Gaceta Forense N° 139, 1988. Vol I, págs. 36, 37

RÉGIMEN DEROGATORIO ENTRE LOS ACUERDOS DEL CONGRESO,
LOS DECRETOS LEYES Y LAS LEYES ORGÁNICAS

ha querido al otorgar semejantes poderes extraordinarios al Ejecutivo Nacional. No estimamos indispensable que la habilitación expresamente autorice la derogatoria, más si pensamos necesario que la nueva norma se inscriba estrictamente en el marco de las materias para las cuales se acordó la habilitación.

**LA ACTIVIDAD NORMATIVA
DE LA ADMINISTRACION PUBLICA**



**LA "ACTIVIDAD NORMATIVA"
DE LA ADMINISTRACION PUBLICA**

**Por José Antonio Muci Borjas
Profesor de Derecho Administrativo en la
Universidad Católica "Andrés Bello"**

**I.
INTRODUCCION**

En primer término, deseo agradecerle a la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), en la persona de su Presidente, la invitación a participar, una vez más, en este ciclo de conferencias, que se organiza anualmente con el objeto de rendirle homenaje al Profesor Brewer-Carías. En esta ocasión se me brinda la oportunidad de comentar, junto con el Profesor Humberto Briceño León, la ponencia presentada por Peter Strauss, Profesor de Derecho en la Universidad de Columbia.

Para comprender a cabalidad la exposición apenas presentada por el Profesor Strauss, conviene subrayar que en los Estados Unidos de Norteamérica la potestad reglamentaria del Ejecutivo no tiene fundamento constitucional. En consecuencia, ese poder reglamentario al cual hizo alusión el Profesor Strauss halla su fundamento en leyes sancionadas por el Congreso, a través de las cuales se encomienda o "delega" la regulación de determinadas materias o asuntos a órganos especializados¹.

1. El sistema anglosajón parte, como premisa, del monopolio normativo del Legislativo, y ante la necesidad -impuesta por los tiempos- de conferirle al Ejecutivo poderes normativos, ha recurrido a la técnica de la "legislación delegada", esto es, a delegaciones legislativas específicas que suplen la inexistencia de un poder reglamentario general a nivel constitucional. La legislación delegada es también denominada "legislación subordinada" o "legislación indirecta".

De acuerdo a la doctrina comparada (PADFIELD, Colin y BYRNE, Tony; *British Constitution*, séptima edición; Heinemann Professional Publishing Ltd.; Oxford; 1.990, página 287), las razones que determinaron el surgimiento y desarrollo de la legislación delegada son las siguientes:

Según el expositor, ese fenómeno de delegación normativa “*ad-hoc*” se justifica, por una parte, en la complejidad y especialización de las materias objeto de delegación y la consecuente necesidad de su regulación por parte de expertos; y por la otra, en la circunstancia de que el Congreso no cuenta con los recursos necesarios para deliberar en torno a las medidas indispensables para garantizar la marcha eficiente del gobierno (en esencia, se alude al tiempo -porque el Congreso no sesiona de manera permanente- y los recursos humanos especializados, que son necesarios para analizar, en detalle, los numerosísimos problemas, de la más variada índole, cuya atención o resolución incumbe al Estado). Agrega el Profesor Strauss que por el alto grado de especialización de las materias cuya regulación es encomendada a la Administración, en una determinada jurisdicción coexisten varios órganos con competencia reglamentaria y un único órgano legislativo, correspondiéndole a aquéllos complementar (“fill up the details”) las normas contenidas en las leyes sancionadas por el Congreso estadounidense.

Debe igualmente observarse que el Expositor ha destacado que si bien es cierto que en un principio el ejercicio de ese poder normativo delegado no estaba sometido a procedimiento alguno, con la sanción del “Federal Administrative Procedure Act” en el año 1.946, el Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica sometió el ejercicio de ese poder al trámite de un procedimiento administrativo, cuyos momentos fundamentales o requisitos esenciales son los siguientes:

-
- a) *Falta de tiempo*: El Parlamento no tiene tiempo suficiente para considerar, discutir y aprobar todas las medidas necesarias para que el gobierno funcione de manera eficiente;
 - b) *Urgencia*: El Parlamento no se encuentra permanentemente en sesiones y los procedimientos legislativos son lentos. A menudo surgen emergencias y problemas que demandan soluciones urgentes, y este tipo de legislación encomendada al Ejecutivo es el mejor instrumento para enfrentar ese supuesto;
 - c) *Flexibilidad*: La sanción de la ley requiere de elaborados y complejos procedimientos, y sólo puede ser reformada, modificada o derogada por otra ley, mientras que un acto reglamentario puede ser confeccionado rápidamente, y si su aplicación se muestra impracticable puede ser rápida y fácilmente revocado;
 - d) *Complejidad de las materias*: La legislación moderna tiende a ser técnica y detallada, y este tipo de materias puede ser regulada de mejor manera por los Ministros, debidamente asesorados por expertos en los problemas técnicos y científicos, y no por un congresistas; y,
 - e) *Necesidades futuras*: Por su flexibilidad, las dificultades no previstas pueden ser resueltas prontamente por la legislación delegada.
- Estas razones, que sirven de justificación suficiente para el reconocimiento de la legislación delegada, pueden ser utilizadas, *mutatis mutandis*, para justificar la potestad reglamentaria.



1.- En primer lugar, debe publicarse una suerte de "edicto", a través del cual se le participa al público que se pretende adoptar "legislación subordinada". En otras palabras, la Administración debe participarle al pública la apertura del procedimiento administrativo "normativo". Según la Ley, en esa oportunidad debe la Administración indicar cuáles son las reglas que pretende adoptar o, en su defecto, debe al menos describir cuáles son los problemas y asuntos que se desea regular;

2.- En segundo término, debe brindársele a los interesados oportunidad para que formulen comentarios u observaciones en torno a la legislación subordinada que se pretende adoptar y, consecuentemente, debe la Administración considerar las observaciones que le hubieren sido formuladas por escrito². Con el objeto de evitar la vulneración del principio de audiencia del interesado, los jueces norteamericanos han censurado aquellos procedimientos administrativos normativos en los cuales sólo se garantiza el principio de manera "formal" (aludimos a los así denominado "paper hearings"); y,

3.- Finalmente, debe la Administración realizar una concisa explicación general en torno a las razones que justifican la adopción de las reglas. En otras palabras, debe la Administración motivar sus decisión. Como es evidente, compete a los tribunales constara si la Administración ha dado cumplimiento a los trámites procedimentales previstos en la ley, no sólo desde el punto de vista formal, sino también desde el punto de vista "sustancial".

Concluye el Profesor Strauss que ese procedimiento administrativo previo, originalmente diseñado para garantizar la "transparencia" de la actividad administrativa y la "razonabilidad" de la regulación, le ha restado

2. Pareciera que ese derecho a hacerse parte y formular observaciones, por una parte, y el deber a considerarlos, por la otra, pudieran interpretarse, *mutatis mutandis*, a la luz del fallo dictado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en fecha 15 de Mayo de 1.986 (caso Pedro A. Morales vs. República de Venezuela -Comisión de Apelaciones del Refinanciamiento de la Deuda de Productos Agrícolas), en el cual la Corte sostuvo textualmente lo siguiente: <<El PRINCIPIO DE OIR AL INTERESADO antes de decidir algo que lo va a afectar no es solamente un principio de justicia, es también un principio de eficacia, porque asegura un mejor conocimiento de los hechos, contribuye a mejorar la administración y garantiza una decisión más justa. Este DERECHO A SER OÍDO es un DERECHO TRANSITIVO que requiere alguien que quiera escuchar para poder ser real y efectivo, y este deseo de escuchar supone de parte de la Administración: la CONSIDERACIÓN EXPRESA DE LOS ARGUMENTOS Y CUESTIONES PROPUESTAS POR EL INTERESADO (artículo 62 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), la obligación de decidir expresamente las peticiones y la obligación de fundamentar las decisiones (artículos 9 y 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), analizando los aspectos propuestos por las partes e incluso aquéllos que surjan con motivo de la solicitud, petición o recurso, aunque no hayan sido alegados por los interesados (artículo 89 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos). De lo antedicho resulta evidente que la violación de tales extremos y, por ende, del derecho a la defensa configura en la actualidad, en el ordenamiento jurídico venezolano, uno de los principales vicios del procedimiento administrativo y, por ende, del acto administrativo que en su consecuencia se dicte>> (Revista de Derecho Público, número 26; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas; 1.986; página 110).

agilidad a este tipo de legislación. En palabras del Profesor Strauss, el proceso de creación de normas subordinadas se ha "osificado".

Ahora bien, ¿hasta qué punto resultan aplicables en Venezuela las experiencias norteamericanas en materia de "legislación delegada"? Qué provecho podemos extraer de las mismas? Veamos.

II. EL EJERCICIO DE LA "POTESTAD NORMATIVA" POR PARTE DE ORGANOS ESTATALES QUE NO FORMAN PARTE DEL PODER LEGISLATIVO

En primer término, debe observarse que en Venezuela la "potestad normativa" del Presidente de la República tiene rango constitucional. En propósito, debe citarse la norma contenida en el numeral 10 del Artículo 190 de la Constitución de la República en vigor, a tenor de la cual compete al Presidente de la República -en Consejo de Ministros- <<reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito o razón>>³.

-
3. Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en fallo de fecha 2 de Julio de 1.996 (caso Victor Rodriguez), expresó el criterio siguiente: <<En el derecho comparado contemporáneo, a diferencia de los principios inflexibles -como el de la separación de poderes- que regían en la primera etapa del Estado moderno, es perfectamente aceptado que los órganos que ejercen el Poder Público colaboran entre sí en los fines supremos del estado, por lo que es común que muchas competencias sean ejercidas -concurrentemente, incluso-, por varias de las ramas o divisiones de la estructura organizativa de éste. El Poder Ejecutivo, entonces... CUENTA INTRÍNECAMENTE CON PODERES NORMATIVOS que le permiten, por una parte, emitir en determinadas circunstancias extraordinarias actos normativos con rango y fuerza de ley (sea previa habilitación del legislador o en situaciones excepcionales, como aquéllas de emergencia o de conflictos internos o externos) y, por la otra, actos reglamentarios para complementar y desarrollar ciertos aspectos de la legislación e inclusive para ampliar a otras situaciones lo previsto en ésta. La emisión de normas de derecho, en consecuencia, no compete de forma exclusiva al Poder legislativo, aunque sí se le reconoce a éste que ciertas materias especificadas en la Constitución -normalmente por su conexión con las libertades de los ciudadanos- deben ser reguladas primeramente mediante leyes formales. De lo anterior se desprenden dos conclusiones relevantes... la primera, que LA FUNCIÓN NORMATIVA DEL EJECUTIVO NO PUEDE VERSE, EN LOS ACTUALES MOMENTOS Y, EN ESPECIAL, EN NUESTRO DERECHO, DE MANERA RESTRICTIVA, siendo imperioso reconocerle potestades siempre que se someta a la Constitución y a las leyes; y, la segunda, que la actividad del legislador es requerida para regular ciertas materias del ordenamiento, aunque ello no signifique que todo el tratamiento de esas materias forzosamente tendrá que estar contenido en tales leyes formales dictadas por el Poder legislativo. Centrando el análisis en la reglamentación de las leyes -que es el pertinente para los fines presentes-, es jurídicamente válido que el reglamento, además de especificar o desarrollar en particular los artículos legales a los fines de facilitar su aplicación, pueda también conte-



Ahora bien, a diferencia de la “potestad normativa” conferida al Congreso de la República con el objeto de que regule, mediante ley, las materias de la competencia nacional, el ejercicio de la “potestad normativa” que la Constitución le asigna al Ejecutivo Nacional no requiere el trámite de procedimiento alguno ⁴.

ner normativas colaterales o complementarias dispuestas a regular situaciones que, a pesar de no haber sido tratadas expresamente en la ley, tengan por fin el hacer ésta aplicable a ellas, estatuyéndolas acordes con el propósito, espíritu y razón de aquélla; y, a la vez, 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 a la ley, SIEMPRE Y CUANDO SE ESTABLEZCAN LOS PARÁMETROS BÁSICOS DENTRO DE LOS CUALES TAL PODER DEBE CONDUCIRSE y, también, se respeten los principios y propósitos de la Constitución y las leyes>> (consúltase en “Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, Tomo 7; Editorial Pierre Tapia, S.R.L.; Caracas, 1.996; páginas 79 a 81). El fallo parcialmente transcrito es particularmente relevante por la circunstancia de que la Corte establece expresamente, por vez primera, que en el área de la “reserva legal” toda “REMISIÓN NORMATIVA” al reglamento debe expresar <<... los parámetros básicos dentro de los cuales tal poder (reglamentario) debe conducirse... >>. En consecuencia, para la Corte Suprema de Justicia resultan inconstitucionales las así denominadas remisiones normativas genéricas e indeterminadas.

Mutatis mutandis, cabría citar aquí el fallo número 83/1.984 del Tribunal Constitucional español, en el cual ese alto Tribunal dejó sentado el siguiente criterio jurisprudencial: <<... el principio de la reserva de ley entraña, en efecto, una garantía esencial del Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependan exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan REMISIONES A NORMAS REGLAMENTARIAS, pero sí que tales remisiones hagan posible una reglamentación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva... Esto se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de la finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley. Y este criterio aparece contradicho con evidencia mediante cláusulas legales,... en virtud de las que se produce una verdadera DESLEGALIZACIÓN DE LA MATERIA reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir>> (BAÑO LEON, José María; «Los límites legales de la potestad reglamentaria» -Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1.978-; Editorial Civitas S.A.; Madrid; 1.991; página 89).

4. En propósito, conviene observar que la doctrina comparada más calificada ha puesto de relieve que <<... TODO <PODER> TIENE UN PROCEDIMIENTO TÍPICO: el procedimiento legislativo y el proceso jurisdiccional (que, a pesar de sus variedades, tiene indudablemente una estructura unitaria), para los poderes legislativo y jurisdiccional. Para el poder administrativo existiría el procedimiento administrativo. Los actos de los distintos poderes, al menos aquellos más importantes y significativos, no podrían formarse sino a través de estos procedimientos... De

En síntesis, de acuerdo a la Constitución, el reglamento es el producto del ejercicio de "actividad normativa" por parte del Presidente de la República, en Consejo de Ministros. Empleamos consciente y deliberadamente el término "actividad" y no el vocablo "función", porque deseamos subrayar la circunstancia de que la publicación, en Gaceta Oficial, este tipo de acto estatal, no se encuentra precedida por procedimiento alguno. No existe procedimiento, a pesar de la importancia -tanto cualitativa como cuantitativa- que hoy por hoy tienen las reglas contenidas en este tipo de actos estatales.

Es en virtud de esa innegable importancia que, a nuestro entender, se justifica estudiar la conveniencia de establecer un procedimiento administrativo breve y simple, en el cual puedan hacerse valer oportunamente todos los intereses generales y particulares que la Administración debe ponderar en su condición de tutora de los intereses de la colectividad. A nuestro juicio, el procedimiento público previo -y la consecuente garan-

manera que las funciones, y no solo aquella administrativa, podrían definirse por una característica de Derecho positivo: LA NECESARIA ADOCIÓN DE UNA ESTRUCTURA PROCEDIMENTAL>>> (GIANNINI, Massimo Severo; *"Diritto Amministrativo"*; Volumen II; Dott. A. Giuffrè Editore; Milán; 1.993; páginas 84 y 85). Constituyen excepciones al principio, por una parte, los actos dictados en ejercicio de la "función de gobierno" -*ad exemplum*, conceder indultos (Artículo 190, numeral 21)-, y por la otra, los reglamentos expedidos por las autoridades estatales en ejercicio de la "función normativa". Dicho de otra manera, por la ausencia de procedimiento previo, en el caso venezolano podría afirmarse que el reglamento es el producto del ejercicio de "actividad normativa" -así lo sugiere lo da a entender el sugestivo título de la exposición que se comenta- y no de "función normativa". En propósito, puede observarse que para un importante sector de la doctrina administrativa comparada, la "función administrativa" -y estas reflexiones, sin lugar a duda alguna, resultan aplicables a las restantes funciones estatales- se caracteriza, por una parte, porque la Administración Pública obra como autoridad y, consecuentemente, ejerce poderes públicos; y por la otra, porque el ejercicio de esos poderes supone y exige la tramitación o sustanciación previa de un procedimiento (consultese a GIANNINI, Massimo Severo; Op. Cit.; páginas 83 y siguientes, quien cita a Zanobini y Meyer). En síntesis, para algunos, nos hallaremos en presencia de una "función estatal" -legislativa o normativa, jurisdiccional o administrativa- cada vez que el ejercicio de una determinada actividad se encuentre sometido a un procedimiento previo.

Así mismo, cabe observar que Giannini destaca que, para algunos, <<... el procedimiento administrativo constituye <la forma de la función administrativa>. Como el proceso es la forma de la función jurisdiccional, como el procedimiento legislativo es la forma de la función legislativa, así ocurre con el procedimiento administrativo respecto de la función administrativa (GIANNINI, Massimo Severo; Op. Cit.; página 101).

La tesis reseñada por Giannini contrasta abiertamente con el criterio sustentado por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 5 de Noviembre de 1.992, conforme al cual <<los reglamentos son verdaderos actos administrativos... >>, expedidos por la Administración Pública en ejercicio de <<... la función legislativa, la cual, si bien es propia del Poder Legislativo, no es privativa de éste... >>.



tia de contradictorio- es instrumento idóneo para garantizar la transparencia de la actividad administrativa y la razonabilidad de la regulación. Complementariamente, esa participación del ciudadano en el proceso de creación de las normas reglamentarias puede permitirle a la Administración evaluar adecuadamente la realidad que pretende regular y, de esa manera, evitar la publicación de normas que poco tiempo después deben ser revisadas o derogadas. Por consiguiente, el procedimiento administrativo previo pudiera contribuir a garantizar la estabilidad y permanencia de las normas reglamentarias y, por ende, la seguridad jurídica. No obstante lo expuesto, no existe duda alguna que al momento de diseñar ese procedimiento administrativo previo deben tenerse presentes las razones históricas que justificaron la asignación de poderes normativos a la Administración Pública, pues entendemos que la agilidad que caracteriza la creación de la norma reglamentaria no debiera sacrificarse a todo trance por la transparencia de la actuación y la razonabilidad de la regulación administrativas en aquellos casos en los cuales, *exempli gratia*, media urgencia. Así mismo, debemos destacar que, a nuestro entender, existen supuestos en los cuales pareciera carecer de sentido el procedimiento previo (hacemos alusión a los reglamentos de mera organización interna, pues los efectos de esta categoría de actos no trascienden -al menos de manera directa e inmediata- a la colectividad).

Análogas consideraciones cabe formular en torno a la potestad normativa que la ley reconoce a otros órganos administrativos e inclusive judiciales⁵. En todo caso, conviene observar que a diferencia de los reglamentos contemplados por el numeral 10 del Artículo 190 de la Constitución de la

5. De acuerdo a lo previsto en el Artículo 44 -numeral 15- de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, publicada en la Gaceta Oficial de la república de Venezuela número 1.893 Extraordinario, del 30 de Julio de 1.976, compete a la Corte <<dictar su Reglamento Interno>>.

En otro orden de ideas, cabe destacar que la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 9 de mayo de 1.990 (caso Vengas de Caracas vs. La República de Venezuela, por órgano del Ministerio de Energía y Minas), dejó sentado cuanto sigue: <<En relación al instituto del reglamento, se le considera en un sentido amplio que es "toda norma escrita dictada por la Administración" (García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón: Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1986, p. 183), o "el acto unilateral de la Administración que crea normas jurídicas generales" (Sayagués Laso, Enrique: Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Martín Bianchi Altuna, Montevideo, 1959, p. 200). Por tanto, obviamente la potestad reglamentaria es el poder con base en el cual la Administración dicta Reglamentos, y que le permite participar en la formación del ordenamiento jurídico mediante la emisión de normas de carácter general y abstracto. La potestad reglamentaria dimana primeramente y en forma directa de la Constitu-

República, este tipo de reglamento, expedido sobre la base de habilitaciones legislativas "*ad-hoc*", emana de autoridades que no representan la voluntad popular. Por consiguiente, la regulación contenida en este tipo de actos emana de autoridades técnicas, que a nadie representan.

ción y, en segundo término, de la Ley; tiene sus distintos órganos de ejercicio en la Administración. Así, respecto de la Administración Central tenemos que expresamente la Constitución reserva al Presidente de la República en Consejo de Ministros la atribución de dictar reglamentos de Ley, los cuales también han sido llamados 'Reglamentos Ejecutivos'... mediante este tipo de reglamentos, la Administración desarrolla y completa los principios de la Ley en que se basan, sin alterar su espíritu, propósito o razón; los cuales, conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en sus artículos 14 y 15, se expresan a través de la forma jurídica de Decretos. Ahora bien, la potestad reglamentaria como tal no se agota en estos reglamentos de ejecución de la ley, ya que, previa la HABILITACIÓN LEGAL correspondiente, los Ministros pueden, mediante Resoluciones, dictar normas de carácter general y abstracto. Existen múltiples ejemplos de este tipo de resoluciones que obviamente tienen carácter reglamentario, aun cuando no de 'reglamentos de ley'. Así tenemos que la Ley Orgánica de la Administración Central dictada el 28 de diciembre de 1987, en el ordinal 3º de su artículo 30, faculta al Ministro de Sanidad y Asistencia Social para la 'reglamentación' de las actividades y servicios nacionales, estatales, municipales y privados en materia de salud y asistencia social, pública o privada>> (consúltese en la Revista de Derecho Público, número 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1.990, páginas 78 y 79).

Así mismo, cabe citar la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en Sala Política Administrativa en fecha 17 de noviembre de 1.986 (caso Arturo Torres vs. República de Venezuela, por órgano del Ministerio de Transporte y Comunicaciones), en la cual se dejó sentado el siguiente criterio: <<Siendo el Reglamento norma no sólo formal, sino materialmente subordinada, la consideración de que la voluntad administrativa se exprese mediante disposición reglamentaria, no envuelve una especie de inmunidad pues en relación a ella deberá exigirse una justificación más estricta que cuando esa voluntad administrativa se expresa en meros actos de aplicación. Virtudes esenciales del Reglamento son las de crear poderes administrativo donde antes no existían, extenderse potencialmente a todos los habitantes del país y, finalmente, ver repetida su efectividad a través de aplicaciones continuas; por ello un vicio original en su texto reglamentario multiplicará sus efectos injustos en el tiempo, incomparablemente superior que el que pueda derivar de la ilegalidad de un único acto. Se justifica así la facultad de control que ejerce el Supremo Tribunal y que se traduce en una limitación a la modificación del orden normativo existente en nuestro sistema, a partir de la disposición que establece el numeral 10) del artículo 190 de la Constitución al señalar que: corresponde al Presidente de la República la atribución de «reglamentar las leyes, sin alterar, su espíritu, propósito o razón». La disposición, que envuelve la erradicación de la arbitrariedad en la creación de normas reglamentarias, adquiere efectividad práctica en los poderes de fiscalización jurisdiccional que se reconocen a la Corte Suprema de Justicia, sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad de las mismas, y se pone de relieve en casos en que se intenta establecer un régimen restrictivo del derecho individual que no guarda relación o congruencia con el texto legal que pretende complementar. Cabe observar que si el ámbito por excelencia de la regulación reglamentaria abarca fundamentalmente aspectos organizativos, en caso de que la regulación administrativa implique una imposición de obligaciones y deberes a los administrados, limitación en su libertad previa o de sus derechos, el Reglamento ha de ceñirse a actuar como complemento de la Ley. La infraestructura básica del ordenamiento pertenece necesariamente a la Ley, dada su fuente de legitimidad y su función creadora irresistible: ella define las situaciones básicas de los sujetos, sus



Para comprender la importancia de este tipo de reglamento, basta citar a título ilustrativo los siguientes ejemplos: 1.- El “Reglamento de Cámaras de Compensación”, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 35.714, de fecha 19 de Mayo de 1.995; 2.- La Resolución número 122-94, expedida por la Comisión Nacional de Valores en 17 de Mayo de 1.994, posteriormente publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 35.491, del 28 de Junio de 1.994, a través de la cual se establecieron las “Normas Relativas a la emisión, oferta pública y negociación de papeles comerciales”; 3.- El “Reglamento sobre la Oficina Ejecutora de Medidas Preventivas y Ejecutivas en la Circunscripción Judicial del Area Metropolitana de Caracas”, expedido por el Consejo de la Judicatura en fecha 1º de Agosto de 1.996, posteriormente publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 36.017, de fecha 8 de Agosto de 1.996; y, 4.- El reglamento contenido en la Resolución número 016-0496, expedida por la Junta de Emergencia Financiera en fecha 29 de Abril de 1.996, posteriormente publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 35.972, del 3 de Junio de 1.996, mediante la cual se creó un <<... régimen especial para la subasta pública de acciones de sociedades mercantiles>> que realice el Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE).

III.
EL REGLAMENTO COMO ACTO ESTATAL CONTENTIVO DE
NORMAS GENERALES, IMPERSONALES Y OBJETIVAS.
REVISION DE UN CONCEPTO Y NECESIDAD DE UN
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PREVIO

Según la doctrina administrativa clásica, de acuerdo a su contenido, <<los actos jurídicos pueden clasificarse en cuatro categorías: 1ª) actos legislativos o reglamentarios; 2ª) actos creadores de situación jurídica individual (acto unilateral o contrato); 3ª) actos-condiciones (condición de aplicación a un individuo de una situación jurídica general o del ejercicio de

deberes, obligaciones y derechos. El Reglamento se mueve en estos aspectos, pero no al azar o a propia iniciativa, sino según las fórmulas que marca previamente la Ley. El Reglamento no puede suplir a la Ley, ni adelantarse a ésta o ponerse a su nivel, sólo debe complementar, desarrollarla o ejecutarla>> (véase en la Revista de Derecho Público, número 28; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas; 1.986; páginas 85 y 86).

un poder legal); 4ª) *actos jurisdiccionales*>>⁶. Según la doctrina citada, <<el acto legislativo o reglamentario se caracteriza porque organiza, crea una situación jurídica general, impersonal, objetiva; crea, organiza un poder jurídico impersonal, objetivo; contiene esencialmente una regla de derecho, una norma jurídica>>⁷. Más aún, de acuerdo a la doctrina clásica, los “actos-reglas” -vale decir, los actos legislativos o reglamentarios- son <<los que se realizan con la intención de producir una modificación en las reglas de derecho... Tienen exclusivamente el carácter objetivo, pues a consecuencia de ellos sólo se produce una modificación en el dominio del derecho objetivo, sin que sea reformado nada que se refiera a la situación de uno o de varios individuos determinados>>⁸. Como demostraremos *infra*, la postura apenas reseñada debe ser sometida a revisión.

En este orden de ideas, podemos invocar, en primer término, el fallo dictado por el Tribunal Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Contencioso-Administrativo de la Región Capital en fecha 6 de Julio de 1.990 (caso “Compañía Anónima Tabacalera Nacional”), en el cual se dejó sentado cuanto sigue:

<<En primer lugar, se debe determinar si la orden de retiro de propaganda contenida en el artículo 5º del Decreto N° 07 del Alcalde del Municipio Libertador del Distrito Federal es, como afirman los apoderados de la recurrente, una disposición DE EFECTOS PARTICULARES, pues la Ley sólo permite la suspensión de efectos de este tipo de actos administrativos. El artículo citado establece lo siguiente:

“... Queda prohibida la instalación y/o difusión de propaganda de cigarrillos, picaduras y demás productos derivados del tabaco en vallas, paredes y azoteas, en todo el Municipio Libertador. En el término de treinta (30) días a partir de la fecha de la publicación del presente decreto, la propaganda de cigarrillos, picaduras y demás derivados del tabaco efectuada a través o sobre vallas, murales y azoteas, deberá ser retirada”.

La disposición preinserta puede ser dividida en dos partes, a saber:

a) Una primera norma, por medio de la cual se prohíbe la instalación y/o difusión de propaganda, que surte efectos hacia el futuro, y que va dirigida hacia la colectividad como un todo, toda vez que sus destinatarios no son sujetos determinados o determinables; y,

6. JEZE, Gastón; “Principios Generales del Derecho Administrativo”, Tomo I -La Técnica Jurídica del Derecho Francés-; Editorial Depalma; Buenos Aires; 1.948; página 32).

7. Ibid.

8. Ibidem.



b) Una segunda norma, por medio de la cual se ordena retirar la publicidad, relativa a productos derivados del tabaco, actualmente existente en jurisdicción del Municipio Libertador del Distrito Federal. Los destinatarios de esta segunda norma (es decir, los sujetos particulares eventualmente afectados o lesionados por el acto) si son sujetos determinados o determinables.

En consecuencia, un atento análisis del artículo 5° del Decreto N° 07 pone en evidencia que el mismo se halla compuesto por DOS DISPOSICIONES, de DISTINTA NATURALEZA O CARÁCTER: la prohibición de instalar y/o difundir publicidad es una disposición (acto) de efectos generales, es decir, de CONTENIDO NORMATIVO, y que, por tanto, crea, declara, modifica o extingue una situación jurídica general. Por el contrario, la segunda disposición analizada (es decir, la orden de remoción de la publicidad actual) debe ser calificada como DE EFECTOS PARTICULARES, ya que es de CONTENIDO NO NORMATIVO, es decir, que crea, declara, modifica o extingue una situación jurídica particular (véase Allan Randolph Brewer-Carias, "El Control de la Constitucionalidad de los Actos Estatales", Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1.977).

... Por tanto, la orden de retiro de la publicidad debe ser calificada como de efectos particulares y la suspensión de sus efectos, en principio, si puede ser solicitada por los particulares afectados>>⁹.

El antedicho criterio fue ulteriormente acogido meses después por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 22 de Noviembre de 1.990 (caso "Mochima II"), mediante el cual ese alto Tribunal, con fundamento en el Artículo 136 de la "Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia", decretó la suspensión de los efectos de una previsión -individual o "de efectos particulares"- contenida en el decreto Ejecutivo número 1.030, de fecha 19 de Julio de 1.990, contentivo del "Plan de Ordenamiento y Reglamento de Uso del Parque Nacional Mochima"¹⁰.

Las sentencias invocadas con antelación evidencian que se hallaban en lo cierto los Profesores García de Enterría y Fernández cuando afirmaron que <<... la correlación singular-general como expresión de la distinción actos-Reglamentos parece haberse roto>>¹¹. En consecuencia, hoy en

9. Revista de Derecho Público, número 43; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas; 1.990; páginas 109 y siguientes.

10. Revista de Derecho Público, número 44; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas; 1.990; páginas 170 y siguientes.

11. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón; "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I; Editorial Civitas, S.A.; Madrid; 1.990; página 201. La doctrina y los fallos citados parecieran contrastar abiertamente con la sentencia publicada por la Corte

día el intérprete no debe conformarse con el rótulo del acto, pues, como bien expresaba la extinta Corte Federal y de Casación en fallo del 4 de Abril de 1.951, <<... no son los nombres, sino su NATURALEZA O CONTENIDO lo que da a los actos tanto de los funcionarios como de los particulares su verdadero carácter, su significado o FISONOMÍA JURÍDICA>>¹². Dicho en otras palabras, no existe óbice alguno para que un Reglamento contenga disposiciones de carácter particular.

Análogas reflexiones cabría realizar, *exempli gratia*, respecto de algunas de las previsiones contenidas en el Decreto número 001, dictado por el Gobernador del Estado Carabobo en fecha 5 de Enero de 1.996 y publicado en Gaceta Oficial del Estado Carabobo número 615 Extraordinario, de esa misma fecha. A pesar de que nos hallamos frente a un reglamento, cuyo objeto es regular la instalación anuncios publicitarios en las inmediaciones o adyacencias de las autopistas y carreteras cuya administración, conservación y mantenimiento fue asumida por ese Estado en virtud de la “Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público”, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 4.153 Extraordinario, de fecha 28 de Diciembre de 1.989, en dicho Decreto coexisten disposiciones de carácter general y de carácter particular. Veamos cuáles son las normas a la cual hacemos referencia.

Gratia argüendi, puede aseverarse que son previsiones “de efectos generales”, entre otras, la norma que prohíbe <<... la colocación o instalación de vallas, señales, pancartas, carteles y cualquier otro aviso de carácter publicitario, con elementos móviles o no, en todas las autopistas urbanas e interurbanas y zonas adyacentes y/o divisorias de las mismas (islas); carreteras y puentes, y sus zonas adyacentes; ensanches o áreas verdes; y en las áreas destinadas a los servicios auxiliares, de seguridad y mantenimiento; distribuidores, encrucijadas, interconexiones de vías, pasarelas y curvas, que se encuentran dentro del territorio del Estado Carabobo y que constituyen su red vial>> (Artículo 1º); y, la norma que prohíbe la insta-

Primera de lo Contencioso-Administrativo en fecha 17 de Octubre de 1.985, en la cual se dejó sentado que <<... no pueden existir reglamentos de efectos particulares, pues el reglamento además de ser general, tiene también efectos generales>> (caso Melanio Trejo vs. Estado Apure; publicado en la Revista de Derecho Público, número 24; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas; 1.985; página 120).

12. Gaceta Forense, número 7; Caracas; 1.951.



lación de vallas y medios publicitarios, inclusive fuera de las así denominadas “zonas adyacentes”, cuando las mismas <<se confundan con señales de tránsito u otros dispositivos destinados a regular la circulación, o reduzca la visibilidad de los mismos>> (Artículo 3º, literal e)-. Trátase de disposiciones dirigidas a un grupo indeterminado e indeterminable de personas -todos aquellos que en un futuro pretendan colocar o instalar avisos publicitarios en las inmediaciones de las autopistas y carreteras cuya administración y mantenimiento compete al Estado Carabobo- y, además, se caracterizan por su “permanencia” indefinida en el tiempo, pues, parafraseando a los Profesores García De Enterría y Fernández, dichas disposiciones innovan el ordenamiento jurídico. En otras palabras, las normas a las cuales aludimos forman parte integrante del ordenamiento jurídico positivo, ya que <<... no se consume con su cumplimiento singular, antes bien se afirma, se consolida, se mantiene y es susceptible de una pluralidad indefinida de cumplimientos... >>¹³.

Por el contrario, son disposiciones de carácter individual o particular aquellas a través de las cuales <<se concede un plazo de cuarenta y cinco (45) días, contados a partir de la publicación del presente decreto, para que todas las personas naturales o jurídicas que tengan colocadas bajo su responsabilidad vallas, anuncios o avisos publicitarios de cualquier índole, en las áreas señaladas como prohibidas por este decreto o que guarden alguna de las características señaladas en el artículo 4º del presente Decreto procedan por su cuenta y exclusiva responsabilidad patrimonial al retiro de los mismos>> (Artículo 7º); se dispone que <<vencido el lapso de cuarenta y cinco (45) días... sin que hayan sido retiradas las vallas, avisos y demás anuncios publicitarios, el Ejecutivo Regional procederá a la ejecución del acto y como consecuencia de ello al retiro y desmantelamiento de las mismas... >> (Artículo 8º); y, finalmente, <<se notifica a todos los particulares que se consideren lesionados en sus legítimos derechos e intereses por el presente Acto Administrativo que esta Administración ha acordado la apertura de un procedimiento sumario... y en consecuencia... disponen de un plazo de diez días hábiles a partir de

13. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón; Op. Cit.; página 203. En este sentido, cabe citar el fallo publicado por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el 9 de Mayo de 1.985, según el cual <<la potestad reglamentaria que se reconoce a la Administración Pública, confiere a esta la posibilidad de participar en la formación del ordenamiento jurídico... >> (Revista de Derecho Público, número 34; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas, 1.985; página 84).

la publicación del presente Decreto para presentar sus alegatos y defensas así como las pruebas que estimaren convenientes>> (Artículo 9º). Parafraseando una vez más a los Profesores García De Enterría y Fernández, es evidente que las disposiciones precedentemente transcritas tienen destinatarios determinados o determinables y se agotan con su simple cumplimiento, pues no son más que mera “aplicación” del ordenamiento ¹⁴.

La mención de las decisiones judiciales citadas, así como la transcripción parcial del Decreto expedido por el Gobernador del Estado Carabobo, resulta relevante porque permite poner de relieve que en todos y cada uno de los casos citados con antelación, nos encontramos frente a reglamentos dentro de los cuales la Administración ha incluido “DECISIONES DE GRAVAMEN”, que no estuvieron precedidas de procedimiento administrativo alguno. La Administración, con frecuencia creciente, incorpora decisiones individuales o singulares -*rectius*, de efectos particulares- dentro de actos estatales que, en principio, contienen normas generales, objetivas e impersonales y, por ello, omiten los fundamentos de hecho de la “DECISIÓN DE GRAVAMEN” y se limitan a expresar las normas legales que sirven de fundamento al reglamento. De igual manera, en estos casos la Administración omite la notificación personal de los interesados y se conforma con la publicación del acto en la Gaceta Oficial.

A nuestro entender, los casos mencionados *supra* ponen de relieve, en primer término, que resulta necesario revisar las previsiones contenidas en la “Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”, conforme a la cual el procedimiento judicial que debe ser sustanciado depende de la naturaleza o contenido del acto estatal -actos de efectos generales vs. actos de efectos particulares-.

Adicionalmente, debe subrayarse que en todos los casos citados las “DECISIONES DE GRAVAMEN” de la Administración fueron adoptadas “*inaudita alteram parte*” y, en consecuencia, constituyen actos violatorios de la garantía constitucional del “debido proceso” (“*due process of law*”) y del “derecho a la defensa”, a los cuales hace alusión el Artículo 68 de la Constitución de la República. En supuestos como éstos, sin lugar a duda alguna, el reglamento debería estar necesariamente precedido de un procedimiento administrativo que garantice el sagrado principio del contradictorio.

14. Ibid.

**REFLEXIONES SOBRE EL
FUTURO DE LA RESPONSABILIDAD
EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO**
(ANALISIS A PARTIR DEL TEMA EN EL DERECHO COLOMBIANO)



**REFLEXIONES SOBRE EL FUTURO DE LA RESPONSABILIDAD
EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO**

(ANÁLISIS A PARTIR DEL TEMA EN EL DERECHO COLOMBIANO)

Por
Juan Carlos Henao Pérez
Profesor Titular
Departamento de Derecho Público
Universidad Externado de Colombia

INTRODUCCION

Con el desarrollo de la presente intervención pretendo, a partir de la experiencia colombiana sobre el tema, y sin considerarme un experto en derecho comparado, aportar algunas reflexiones sobre los elementos esenciales de una institución jurídica tan antigua como vigente. La responsabilidad extracontractual del Estado, que como bien ha sido dicho por diversos autores, forma parte misma de la definición de un Estado de Derecho que así se pretenda, continúa jugando un papel esencial en la función que el mismo está llamado a cumplir.

Sin embargo, su papel variará dependiendo del nivel de desarrollo del Estado. Entre mayor sea la pobreza de un Estado, mayor será la función democrática que estará llamada a jugar la institución, y viceversa. Entre mayor sea el nivel de descomposición de un Estado, mayor será la función preventiva que estará llamada a jugar la institución y viceversa. Desarrollo o subdesarrollo estatal y violencia o pacifismo en la actuación del mismo, son dos polos que van indisolublemente ligados a la función que esté llamada a cumplir la responsabilidad. Sin creer que la misma pueda desaparecer, por lo menos mientras la noción misma de Estado no desaparezca, es plausible afirmar que su función será menor en países de mayor desarrollo y menos violencia.

Es por lo anterior que, lo repito, se pretende con la presente intervención sentar algunos elementos de reflexión sobre una figura, que si bien existe en casi todos los países de nuestro planeta, tendrá unas consideraciones diferentes dependiendo del tipo de Estado frente al cual nos encontremos. Por ello la visión de la “sociología jurídica” es de sumo interés en este área del derecho, puesto que ella debe servirnos de punto de partida para ubicar el Estado a estudiar, y por tanto las funciones que la responsabilidad frente al mismo está llamada a cumplir. Es decir, se considera que un punto de partida primordial en el estudio de la figura tiene que ser indudablemente el análisis de la tipología de daños que cada Estado produce: ¿cómo está dañando el Estado? ¿qué tipos de hechos dañinos se le están atribuyendo?. Ello nos mostrará la responsabilidad desde un punto de vista que, por los desarrollos de las teorías “objetivistas”, no ha sido tenido muy en cuenta por la doctrina que actualmente se ocupa del tema. Pero si la respuesta a tales interrogantes nos permitirá tener elementos claves para entender el funcionamiento estatal, en la medida en que la responsabilidad es el espejo mismo del Estado, el análisis de la figura no puede quedarse en dicho extremo. En efecto, se habrá de saber también qué tipo de resarcimientos está produciendo, en qué campos está colmando aspiraciones democráticas de víctimas que recurren a la figura, para así lograr determinar cuál es el nivel de cubrimiento de la misma. Son pues dos aspectos sustanciales que tienen que ser tenidos en cuenta, y es por ello que la primera parte de la presente intervención se dedicará, partiendo, lo repito, de la experiencia colombiana, al análisis del problema de la culpa grave o el dolo de los servidores públicos, y al análisis del cubrimiento de daños que la figura produce y debe producir. En ella se hablará pues de los aspectos sustanciales de las tendencias de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Teniendo en cuenta esta primera parte, se debe, para tener una panorámica general de la responsabilidad, pasar a una segunda en la cual se estudien los aspectos procesales de las tendencias de dicha responsabilidad. En efecto, quedaría incompleto el retrato de la figura de un país si no se tiene en cuenta las reglas que están operando para que su práctica procesal pueda operar. Como bien lo explica el profesor Luis A. Ortiz Alvarez, se trata de determinar en qué medida el principio de la “tutela judicial efectiva” opera, puesto que el mismo tiene una doble función: “de un lado, el particular puede, cuando sufra una lesión insoportable en su



patrimonio, demandar y obtener la responsabilidad administrativa, sea bajo el régimen de responsabilidad por sacrificio particular, sea bajo el régimen de responsabilidad por funcionamiento anormal; de otro lado, el principio de la efectividad jurisdiccional implica el derecho a demandar y a obtener tal responsabilidad administrativa a través de recursos o procedimientos antiformalistas, equitables, y llenos de garantías, o sea, efectivos¹. Al igual de lo que ocurre en Colombia, que en el artículo 228 de la Constitución Política se establece la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, la tendencia del mundo entero es la misma. Sin embargo, se debe estudiar cuál es la forma concreta bajo la cual está y debe operar tan preciado principio. Será pues el objeto de la segunda parte.

Bajo estas premisas fundamentales permítaseme dar algunas estadísticas importantes que deben servir de base a la exposición que desarrollaré, y que permiten tener elementos para los interesados en el derecho colombiano.

En Colombia el fenómeno de la responsabilidad del Estado tiene actualmente inquietos a los que manejan el presupuesto. Y no es para menos; en los últimos años el rubro presupuestal dedicado al pago de sentencias y conciliaciones provenientes de la responsabilidad del Estado, se ha disparado significativamente. Baste anotar que en 1990 el rubro destinado a tal concepto significaba sólo el 0.16% del presupuesto, mientras que para el año de 1997 significará el 0.86%. Si en 1996 se destinó la cifra de \$206.166.593 millones de pesos, en éste año se llegará a la suma de \$283.117.672 millones -un equivalente aproximado de US\$283 millones². Esta cifra sólo da una idea de los costos directos, que no los indirectos representados, por ejemplo, por el costo de oportunidad del dinero, por los costos que significan los hechos dañinos no cubiertos por la indemnización, por los costos que significa para todas las partes su litigio, etc. Dicha cifra está ya bordeando el 1% del presupuesto nacional, lo cual es enorme teniendo en cuenta que no se trata de un presupuesto doméstico, y que no se están incluyendo los departamentos y los municipios.

¹ Ortiz Alvarez, Luis. *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, pág. 92.

² Datos suministrados por la oficina de la Dirección General del Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Si lo anterior es lo que ocurre en el presente, el futuro no es muy halagador: la proyección que se puede establecer es que ni siquiera el esfuerzo que se está haciendo para el presupuesto del próximo año, permitirá pagar lo que ya se está debiendo de sentencias y conciliaciones ejecutoriadas. Es decir, que con las cuentas de cobro que ya están radicadas en los respectivos entes nacionales, el presupuesto sólo alcanzará a pagar un porcentaje de ellas, quedando pendiente para el año de 1998 no sólo las que no alcanzaron a ser pagadas en 1997, sino las sentencias y conciliaciones que están siendo aprobadas o decretadas durante este año de 1996 y el siguiente. El dinero asignado para 1997 no alcanzará entonces para pagar lo que ya se debe a 1996, lo cual significa que para 1998 se entrará debiendo.

El punto se torna más preocupante si se recuerda que según el artículo 177 del C.C.A. colombiano “las cantidades líquidas reconocidas en tales sentencias (léase también conciliaciones) devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término” -el interés moratorio es aproximadamente del 65% anual, lo cual genera que, en la práctica, sea más rentable que el Estado se demore en pagar pues nadie consigue colocar los dineros a dicha tasa. La alta tasa de interés con la que corren las deudas que están en mora hace entonces que la indemnización se dispare de manera significativa.

Como se deduce, se está en Colombia frente a una bola de nieve que no dejará de crecer, frente a un cáncer en el presupuesto con un gran poder destructivo. Se está llegando así a una realidad que anteriormente no generaba inquietud: los costos que representan las sentencias y conciliaciones por responsabilidad del Estado han dejado de ser sólo un tema para juristas, y empiezan a inquietar a quienes manejan las finanzas públicas. Si anteriormente la lógica que se observaba en los actores de la responsabilidad del Estado era clara, en el sentido de que los daños que producía el mismo no inquietaban económicamente, y se concebían casi como una situación normal dentro del presupuesto, como “los gajes del oficio” del funcionamiento del Estado, como el rubro de “libros robados” que se coloca en el presupuesto de una librería, hoy en día, por fortuna, el tema trasciende los foros académicos de juristas. No en vano el rubro de “sentencias y conciliaciones” es concebido por nuestra Ley de Presupuesto como parte de aquel de “funcionamiento”, lo cual significa por definición



que se pierde en el de “inversión” que es el que realmente marca el desarrollo de un país.

Se iniciará entonces el próximo milenio con un terrible diagnóstico de la responsabilidad del Estado desde el ámbito presupuestal, agravada por el hecho de reconocernos como un Estado que no es sólo deudor sino, lo peor, incumplido en el plano interno, porque como ya se anotó, incurre en mora en las deudas que se le originan por las sentencias y por las conciliaciones.

Así las cosas, es oportuno hacer una reflexión: ¿Qué va a ocurrir con la responsabilidad del Estado en Colombia? ¿Cuál debe ser la postura frente a un fenómeno que es de por sí inquietante? ¿Qué criterios deben guiar tan importante materia? ¿Cómo se pueden encontrar soluciones a un problema real y preocupante? ¿Qué elementos puede aportar la experiencia colombiana a una figura universalmente reconocida?

Sea lo primero observar, aun a nivel introductorio, que en las épocas de crisis las salidas totalitarias son llamativas. Es una constante de la humanidad. Se podría así, por ejemplo, pensar en una reforma constitucional que aboliera el artículo 90 de la C.P. Col. y que por lo tanto se quitara el Estado el fardo de su responsabilidad. Se podría también pensar en la reglamentación de dicho artículo con la idea de limitar al juez en la interpretación de la responsabilidad, y bajar así el número de condenas. Se podría aún pensar en la posibilidad de limitar por ley el quantum de las condenas y convertir así “la indemnización a forfait o preestablecida por la ley” en sumas irrisorias que no cumplan con el objetivo resarcitorio que es propio de la responsabilidad. Todas son, lo repito, ideas llamativas para mentes totalitarias.

Sin embargo, y ello es apenas obvio para una persona que como yo ha sido formada por los principios que defiende la Universidad Externado de Colombia, tales concepciones riñen con la más elemental de las posturas democráticas: el Estado no puede dejar de ser responsable. No podemos aceptar borrar más de un siglo de historia patria en la materia, y más de un siglo también en la historia de la humanidad. No podemos olvidar que el principio de responsabilidad, al igual que el principio de legalidad, son dos bastiones que definen la esencia del Estado de Derecho; que el Estado,

al igual que todos los seres humanos y jurídicos, responde por sus actuaciones; que el principio de responsabilidad nutre y da cimientos al principio de convivencia en las sociedades.

Aceptando entonces como solución pacífica aquella que acabamos de describir, es decir, aquella que indica que no se puede abolir la responsabilidad del Estado ni dejarse tentar por ideas totalitarias para solucionar el problema planteado, debemos centrarnos en hacer un diagnóstico del tipo de daños que en su ámbito extracontractual está generando. Como se ha dicho, el punto es de extrema importancia. No estudiaré los daños que se tienen que reparar a raíz de la contratación estatal, de las situaciones laborales de los funcionarios públicos, de los derivados en general de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, porque en Colombia, por aquellas cosas de la vida que no encuentran una explicación racional satisfactoria, se ha considerado que la responsabilidad extracontractual del Estado va ligada a la acción de reparación directa. Sobre este punto se volverá, y basta por ahora afirmar que se hará un diagnóstico sobre sentencias y conciliaciones en lo que sin discusión alguna podemos llamar en Colombia responsabilidad extracontractual del Estado.

¿Cuáles son entonces las formas de la responsabilidad extracontractual del Estado? ¿Cuál es el tipo de perjuicios que se le está generando a los asociados?

Para responder a dicha pregunta se requeriría de un análisis enjundioso que estudiara cada caso de los que se presentan en el Consejo de Estado, en los tribunales contencioso administrativo, así como aquéllos que se presentan, por separación de jurisdicción, ante la justicia ordinaria y las transacciones que en ocasiones se hacen por fuera de los tribunales. Debería en dicho estudio tenerse en cuenta la fecha de los hechos y la fecha de las sentencias y conciliaciones, pues entre uno y otro extremo transcurren aproximadamente 5 años. El trabajo sería un deleite para un sociólogo jurídico, pues permitiría saber cómo está dañando nuestro Estado, cuál es el tipo de comportamiento que está produciendo.

Sin embargo, no tengo a mi disposición la posibilidad de brindar los resultados de un tal estudio. Ante ello opto por presentar una investigación por "muestreo", ya que se decidió analizar un sólo año, el de las sentencias y



conciliaciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado en 1995, con el objetivo de buscar el resultado querido. Valga aclarar que en Colombia existe la dualidad de jurisdicciones entre el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, al igual de lo que ocurre en Francia. La competencia general de la responsabilidad del Estado reside así en la jurisdicción contencioso administrativa, que tiene a su cabeza el Consejo de Estado, al interior del cual, la Sección Tercera es la competente para desatar los litigios del tema de esta charla.

Observemos: en el año de 1995 en la Sección Tercera del Consejo de Estado, se produjeron un total de 438 sentencias y de 33 conciliaciones, para un total de 471 litigios resueltos en los temas de su competencia, que incluye las materias de responsabilidad extracontractual así como la materia de contratos y la de temas agrarios. La cifra es de por sí bastante reducida si se tiene en cuenta que en el año de 1994 se profirieron 850 sentencias y/o conciliaciones. En lo que toca a la materia objeto de este estudio se produjeron entonces en el año anterior un total de 340 sentencias y de 27 conciliaciones, lo cual muestra un universo de 367 litigios resueltos, que significan el 77.9% de la producción de la Sección. El 22.1% restante fue lo que produjo la Sección en temas contractuales y agrarios, que también son de su competencia. Ahora bien, de las 340 sentencias 87 fueron absolutorias, por diversas causas, entre las que se destacan la falta probatoria y la falta de legitimación en la causa. Es así como quedan 253 sentencias condenatorias a las que se deben sumar las 27 conciliaciones, para que quede un gran total de 280 providencias en las que se reconoce la responsabilidad extracontractual de nuestro Estado.

Como primer punto a destacar, se debe decir que de las 280 providencias ya referidas, 154 fueron declarando la responsabilidad de la Nación-Ministerio de Defensa. Ello nos indica que sólo esta entidad representa el 55% de las declaratorias de responsabilidad, y que tiene un promedio mensual de 23.3 en su contra, es decir, de 5.83 por semana.

El 45% restante corresponde a otras entidades, en las cuales se destaca el D.A.S., las empresas de prestación de servicios públicos tales como la energía, y en buena medida el servicio médico, los municipios, departamentos, etc. De todas formas lo relevante es que de este porcentaje, es que por fuera del Ministerio de Defensa no hay ninguna entidad que tenga más de

la mitad del mismo, y que quien sigue como representativa es el D.A.S. que lleva a su cuenta un 15%.

Se observa entonces que la entidad crítica en materia de responsabilidad extracontractual del Estado es, de lejos, el Ministerio de Defensa, del cual forman parte la Policía Nacional, el Ejército y las Fuerzas Aéreas. Ya se ha dicho que en total tuvo 280 declaraciones de responsabilidad en su contra proferidas por el Consejo de Estado. De ellas, 57 casos muestran operativos ilícitos, como por ejemplo detenciones arbitrarias y posterior muerte de ciudadanos, excesiva y desbordada lucha "antiguerrillera", operativos de requisa mal logrados, etc.; 39 casos corresponden a accidentes en los cuales se destaca como constante el evento en el cual se lesiona a una persona por falta de aseguramiento del arma; 14 eventos encuentran su origen en discusiones entre agentes del orden y ciudadanos y en los cuales los agentes usan desmesuradamente las armas; 13 por casos de tortura, mutilamiento, etc.; y 10 por embriaguez en el uso de las armas de dotación oficial, etc.

En las mismas sentencias y conciliaciones analizadas se observa que la Nación-Ministerio de Defensa ha matado 156 personas en el año, y ha lesionado 57. La cifra, que en un país como Colombia aparentemente no sería muy significativa -antes de ayer afirmaba en la prensa el Defensor del Pueblo que en Colombia se producían mínimo 25.000 muertes violentas al año-, no deja de ser preocupante. En efecto, constatar que según providencias del Consejo de Estado la Nación-Ministerio de Defensa está matando 3,25 ciudadanos por semana, y lesionando 1,18, es verdaderamente inquietante. Téngase en cuenta que en estas cifras no se están incluyendo los eventos, que no son pocos, de procesos o conciliaciones prejudiciales que se quedan en primera instancia ya sea por cuantía, ya sea porque la conciliación no es apelada, y téngase en cuenta que tampoco se incluyen muertes de otras instituciones como el D.A.S. que produce mínimo 0,75 muertos por semana, haciendo llegar la cifra a 4 muertos semanales. Téngase también en cuenta que en estas cifras no se manejan los eventos en los cuales los ciudadanos, ya sea por ignorancia o por temor, no demandan, ni tampoco se incluyen otro tipo de muertes producidas por el Estado, como pueden ser los accidentes de tránsito debidos a defectuosa señalización, las defectuosas intervenciones quirúrgicas, la falta de atención hospitalaria, etc. Téngase también en cuenta que en estas ci-



fras no necesariamente se manejan las denuncias que colocan los ciudadanos colombianos ante organismos internacionales -hay casos en los cuales van paralelos procesos internos y denuncias ante organismos internacionales, pero otros casos en que ello no es así-, y que ahora por virtud de la ley 288 de 1996 deben ser indemnizadas por el presupuesto nacional.

Pero si por el lado de la Nación-Ministerio de Defensa la situación es crítica, igual ocurre con otras entidades que producen otro tipo de diagnósticos también aterradores: es el caso de las aduanas y los puertos en nuestro país, en la cual se incrustó un círculo de corrupción que generó múltiples y millonarios procesos de responsabilidad. La situación, idéntica en muchos casos, era la siguiente: una persona traía importada una mercancía, que por obligación legal tenía que quedar en depósito estatal en aras de nacionalización, y que cuando iba a ser reclamada por su legítimo propietario no le era devuelta, por la sencilla razón de que los funcionarios encargados de tenerla disponían ilegalmente de ella³. No hablemos tampoco de los múltiples perjuicios que se han producido por el tristemente conocido mecanismo de la doble foliación de matrículas inmobiliarias, que generan que propietarios compren pedazos de papel por la corrupción administrativa, pero que sin embargo tienen que ser convertidos en inmuebles de verdad gracias a la indemnización que se paga con el dinero de los contribuyentes.

Teniendo en cuenta las referidas estadísticas se puede concluir en un diagnóstico que no es para nada halagador: tenemos un Estado que en no pocas ocasiones actúa de manera delictuosa. Soy conciente de la dureza de la palabra que utilizo, y por ello procedo a varias precisiones. En primer término, cuando afirmo que el Estado Colombiano actúa de manera delictuosa, quiero significar que se ha acostumbrado a producir una serie de actos bárbaros, dignos de juicio por "delitos atroces" en tribunales internacionales, que no se acompañan con lo que debería ser un Estado de Derecho. Se dirá que dicho Estado no escapa a la compleja situación política bajo la cual vive, pero ello no justifica, para nada, las atrocidades

³ Para citar sólo un ejemplo de 1995, que reitera múltiples sentencias de los años anteriores, se puede ir a la sentencia del 27 de noviembre de 1995, con ponencia del Consejero Jesús María Carrillo, *Idema vs. Colpuertos*.

cometidas. No se debe olvidar que el norte que debe guiar un Estado es el de ser promotor de la paz, como lo ordena la Constitución con una obviedad tan manida que a veces pierde significado, y que si bien debe hacer presencia en términos militares y administrativos, la situación política o de descomposición no justifica perder la medida en su intervención. Es decir, el Estado no puede reproducir el círculo vicioso de la descomposición y de la atrocidad. Como segunda precisión, quiero decir que si bien el Estado actúa de la manera indicada, no se puede tampoco afirmar que todos los miembros que lo componen actúan de dicha manera. Por fortuna son muchos y creo que los más, los que han pertenecido y siguen perteneciendo a la categoría de servidores públicos, que permiten que no se apague la llama de la esperanza. Sin embargo, las cifras sí permiten mostrar una constante de nuestro Estado: es violento, corrupto y actúa con desgobierno administrativo. Produce, lo repito, mínimo 4 muertos y 1,18 lesionados violentos por semana, según la restrictiva fuente de los libros copiadores de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Así las cosas, ¿cómo hacerle frente a uno de los problemas con los cuales se está enfrentando el Estado Colombiano? Volvemos con ello a la inquietud planteada en esta intervención, y ahora si desarrollaremos el tema ya anunciado, teniendo en cuenta los datos aquí aportados. Desafortunadamente no cuento con los elementos necesarios que me permitan hacer el estudio de derecho comparado, y por ello me limito a plantear con lo dicho anteriormente, una metodología que puede ser utilizada en varios países, en aras de tener bases concretas para el estudio teórico de la responsabilidad.

I. ASPECTOS SUSTANCIALES DE LAS TENDENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

Como se ha anunciado, el derecho de responsabilidad extracontractual del Estado, esto es, las soluciones que legislación y jurisprudencia dan a los litigios entre las víctimas de daños antijurídicos y el Estado, presenta en Colombia una serie de constantes que ameritan ser tenidas en cuenta, para estudiar las proyecciones que puede tener tal derecho.



En primer lugar, que el origen de la mayoría de litigios se presenta por un comportamiento doloso o gravemente culposo de un agente estatal, que prevalido de su calidad, daña a particulares en ocasiones inermes o, en el mejor de los casos, que colaboran en la producción del daño. Esta constante de tal derecho, que no es mas que la constatación por otra vía de la descomposición social en la que se vive, se refleja dramáticamente en el Estado, y permite afirmar que el derecho administrativo ha hecho su aporte, desde su ángulo, a otra constante de su actuar: la impunidad.

Si bien es cierto, es difícil definir la impunidad, los tópicos que puede alcanzar, la noción misma de aquello que debe perseguir, es claro que el derecho administrativo colombiano ha sido cómplice de la impunidad civil de los servidores públicos. Es decir, que el principio general de la responsabilidad en la indemnización de daños no opera ni siquiera en los eventos en los cuales los daños se causan por los servidores públicos con culpa grave o con dolo. Nótese que en estos casos estamos hablando de impunidad frente a una culpa grave o un dolo, colindando obligatoriamente con el ámbito de la impunidad penal frente a los delitos mas evidentes y que deberían ser mayormente combatidos.

Es por ello que una de las tendencias sustanciales del derecho de responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia debe apuntar hoy en día a la disminución de la impunidad. Es, pues, un punto que considero fundamental en el tema, y por ello se desarrollará en la primera sección de esta parte, ya que ella se refiere al aspecto de la responsabilidad subjetiva en la cual la "firma gravemente culposa o dolosa" del servidor público genera la responsabilidad estatal. En estos eventos la responsabilidad se compromete exclusivamente por el actuar desbordado del agente estatal, hasta el limite intolerable de su culpa grave o de su dolo.

Si ese será el objeto de la primera sección, la segunda se debe colocar no en el ámbito de la responsabilidad subjetiva por culpa grave o dolo de los servidores públicos, sino en aquel de hechos dañinos que no pueden obtener una tal calificación y cualificación y que se producen por fuera de dicha órbita. Quedan pues los hechos dañinos que constituyen fallas anónimas del servicio y aplicación de la teoría del riesgo y del daño especial. Esta esfera de la responsabilidad, se distingue de la anterior, en la medida en que plantea mayor discusión por tocar el tema del cubrimiento de la responsabilidad.

La primera sección, que se dedicará entonces a la disminución de la impunidad del servidor público desde su ámbito civil, permitirá estudiar los mecanismos que deben ser habitualmente utilizados frente a comportamientos grotescos del Estado, mientras que la segunda sección, que se dedica al alcance del cubrimiento de la responsabilidad, planteará la tendencia que se presume habrá en la jurisprudencia respecto de los eventos en los cuales se declarará la responsabilidad por fuera de las hipótesis de la primera sección.

1. Hacia la disminución de los casos de culpa grave y dolo

Es claro que cuando el inciso segundo del artículo 90 de la C.P. colombiana estableció que “en el evento de ser condenado el Estado a la reparación de uno de tales daños (antijurídicos), que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél repetirá contra éste”, consagró el deber de cobrar económicamente al agente la reparación del daño causado por un tal obrar.

A pesar de la claridad del mandato constitucional, que por demás no era necesario para poner en práctica dichos cobros en la medida en que con anterioridad existían normas que lo permitían -aún aquellas generales del Código Civil-, se observa que la impunidad económica sigue normalmente operando. No existe en el país tradición en el cobro de tales dineros, con lo cual se permite que continúe en boga la célebre frase según la cual “no importa, el Estado paga”. Para que un tal cobro sea posible, es menester que el Estado actúe en dos direcciones: por la vía jurisdiccional y por la vía administrativa.

A. La jurisdicción y el combate a la impunidad

Para que un servidor público pueda ser condenado a pagar una suma de dinero, se requiere de un proceso en el cual se constituya el título ejecutivo. En esto nos diferenciamos de países como Francia en los cuales, una vez condenado el Estado, el jefe de la entidad tiene la facultad por medio de acto administrativo de cobrar al agente, quien si no está de acuerdo, demanda el acto. En Colombia dicho título puede ser constituido cuando la jurisdicción ha declarado que el servidor público actuó con dolo o con culpa grave, o cuando el servidor público lo reconoce a través de una



conciliación homologada judicialmente. Valga recordar que los comportamientos de los agentes que se encuentran por debajo de la barrera de la culpa grave o del dolo, son garantizados por el Estado frente a las víctimas. Es decir, que el Estado asume la indemnización civil de los daños de sus agentes que no adquieren la calificación de culpa grave o de dolo, lo cual constituye una garantía para el servidor público en la medida en que sabiamente el constituyente impidió que por tener que responder civilmente por todo tipo de actuaciones, el aparato estatal, por temor de quienes lo componen, se paralizara.

En este punto el juez administrativo tendrá entonces un papel fundamental a cumplir en el futuro, puesto que es ante él que se desarrollarán los procesos en los cuales se busca declarar la responsabilidad del servidor público. No se trata en este momento de comentar la técnica jurídica que ya está decantada para que la declaratoria de responsabilidad sea procedente⁴, sino tan sólo de afirmar que la jurisdicción tendrá un papel importante en la medida en que, gracias a la labor desarrollada por la Procuraduría General de la Nación en Colombia que se encargó de poner en práctica el llamamiento en garantía de los servidores públicos, que fue avalada por la jurisdicción, habrá en los próximos años unas 2.500 sentencias en procesos que actualmente van en curso con funcionario público a bordo. Se ha diseñado así en Colombia un mecanismo que empieza a operar para que “se encuentre un equilibrio entre la idea de librar de responsabilidad a los funcionarios -la cual puede estimular sus excesos y negligencias- y la idea de dejar caer todo el peso de la responsabilidad sobre los mismos -la cual podría provocar el atrofiamiento y la inactividad de los mismos”⁵.

Es así como el punto importante en esta constante del futuro será el de la evolución que la jurisprudencia hará sobre el concepto de dolo o culpa grave. Será sobretodo importante la decantación que de tales conceptos se haga, en la medida en que el juez calificará los comportamientos que considerará como tales, y con ello generará conciencia cívica y conciencia administrativa. Será pues el juez administrativo una luz que guiará el com-

⁴ Remito en este punto a mi artículo sobre “la responsabilidad pecuniaria del servidor público en la ley 80 de 1993”, inmerso en el libro “Régimen de contratación estatal. Compilador: Jorge Pino Ricci”, publicado por la editorial de la Universidad Externado de Colombia, 1996, págs. 307-356.

⁵ Ortiz Alvarez, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública”, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, pág. 590.

portamiento administrativo, gracias a estos nuevos conceptos que ya inician su construcción.

En estos momentos no existe sin embargo la tradición jurisprudencial suficiente que permita suponer qué se entiende por dichos conceptos, y si los mismos serán o no marcados por la definición que de ellos tiene el derecho privado, en específico el artículo 63 del Código Civil⁶. Tendrá la jurisprudencia oportunidad de refinarlos continuando con una construcción que apenas comienza.

Observando los pocos pronunciamientos que ya existen sobre el tema, se puede anotar que el Consejo de Estado Colombiano ha sido vacilante en la transposición del concepto del derecho privado, que si bien en ocasiones ha acogido, en otras lo ha referido mas a las obligaciones constitucionales y legales del servidor público.

Como ejemplo del acogimiento de las normas del Código Civil se puede traer a colación la sentencia del 25 de julio de 1994, en la cual se condenó a un funcionario llamado en garantía por la pérdida de unos dólares cuando se encontraban bajo su custodia. Luego de citar el artículo 63 del Código Civil, los hermanos Mazeaud y Claro Solar, concluye el Consejo de Estado que "si se tiene en cuenta aquí la naturaleza de la operación que desarrollaba el funcionario llamado en garantía, el riesgo que ella conllevaba de que se perdiera parte del dinero decomisado, la probabilidad de que en su desarrollo ocurriera dicho riesgo, precisamente porque se trataba de manejo de valores en efectivo, debe concluirse que efectivamente es de naturaleza grave la falta cometida por el dicho funcionario"⁷.

⁶ Enuncia el artículo 63 del C. Civil: "La ley distingue tres especies de culpa o descuido. *Culpa grave, negligencia grave, culpa lata*, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. *Culpa leve, descuido leve, descuido ligero*, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. *Culpa o descuido*, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la *diligencia o cuidado ordinario o mediano*. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa. *Culpa o descuido levisimo* es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la *suma diligencia o cuidado*. El *dolo* consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro".

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 25 de julio de 1994, ponente: doctor Betancur Jaramillo, actor: Anselmo España, demandado: Superintendencia de Control y Cambios, expediente n° 8483.



Como ejemplo del segundo proceder, esto es, el de remitirse a los reglamentos del servicio para definir el concepto en estudio, se puede citar la sentencia del 15 de enero de 1995. En este caso se declaró la culpa grave por omisión de un alcalde, que ante numerosas cartas de la ciudadanía que le prevenían sobre el estado de ruina inminente de un muro, no hizo nada, matando en su caída una niña que se dirigía al colegio. Sin citar las normas del Código Civil, estima el Consejo de Estado, acogiendo el raciocinio del tribunal, que la conducta del alcalde “fue no sólo descuidada, sino negligente e irresponsable, lo cual compromete su responsabilidad dado que su actitud ante el problema no fue diligente, ni de acuerdo con sus obligaciones constitucionales y legales”⁸.

Se observan entonces dos tendencias para la construcción del concepto. De una parte, el juez se remite a la noción del servidor público que “no maneja los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios”. De otra parte, el juez hace referencia a la violación por parte del funcionario de las normas constitucionales y legales que reglan su función. El punto a resolver es entonces el siguiente: ¿pueden articularse las dos tendencias? ¿son ellas excluyentes?

En mi entender, las dos nociones no son excluyentes, aunque sí se debe afirmar que la norma jurídica que reglamenta la función pública debe prevalecer sobre el concepto abstracto que trae el Código Civil. Es decir, estimo que la jurisprudencia del Consejo de Estado debe evolucionar en el tratamiento de los conceptos a partir de lo que al respecto afirmen los reglamentos del servicio, puesto que es allí donde prioritariamente deben ser definidos los mismos, con independencia de que coincidan con la noción abstracta y cualificada del Código Civil, que pasaría así a ser un criterio subsidiario. Lo lógico es que coincidan la definición que den los reglamentos de la función pública y el concepto del Código Civil, pero debe quedar en claro que cuando dicha coincidencia no se presente, debe prevalecer el reglamento administrativo sobre la noción del Código Civil.

El punto es importante puesto que lo que aquí se propone es una posición intermedia entre aquella que estima que sólo es culpa grave lo que

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, 15 de enero de 1995, ponente: doctor Jesús María Carrillo, actor: María Josefina de Arboleda, expediente n° 10449.

conceptualmente se subsuma en el código civil, y aquella que defina la culpa grave sólo a partir de los reglamentos del servicio. Una y otra posición serían insostenibles. La primera, porque limitaría el concepto de culpa grave a aquel del “peor” de los servidores públicos al que remitiría el código civil, siendo que, legalmente, la administración puede dar definiciones reglamentarias o aún contractuales de consuno con el contratista, en las cuales se haga una definición, imponiendo así un parámetro de comportamiento más o menos elevado para los funcionarios. La segunda, porque llevaría al ilógico de asumir que la noción de culpa grave tiene que estar obligatoria y estrictamente tipificada de conformidad con las normas que rigen el derecho penal, lo cual conllevaría a que muchos eventos en los cuales expresamente no se haya señalado que determinado comportamiento es culpa grave, a pesar de serlo según el código civil, no pudiera ser sancionado por el juez contencioso administrativo. Es por ello, se insiste, la lógica que debe guiar al juez es la de observar en primera medida el reglamento del servicio para determinar qué se entiende por culpa grave, y subsidiariamente recurrir al código civil. Si encuentra que un comportamiento está definido como gravemente culposo por la norma administrativa, su labor consiste en declararlo como tal, con independencia de que dicha norma coincida o no con el concepto del código civil; pero si el comportamiento no está descrito en el reglamento puede recurrir al código civil, como criterio subsidiario, para también sacar sus conclusiones. Naturalmente que la propuesta armónica entre las dos metodologías que aquí se propone, depende de que la norma que reglamenta la función pública sea legal y/o constitucional, es decir, que sobre ella no recaiga la excepción de inconstitucionalidad que permite el artículo 4° de la Constitución Política.

Se debe recordar que la metodología del juez civil para llegar a la conclusión de la existencia de la culpa es diferente a la del juez administrativo. En efecto, el juez civil debe siempre utilizar el parámetro abstracto del *buen padre de familia*, que le permite establecer lo que haría la persona “media” ajena al litigio, y con base en dicho parámetro concluir si la persona juzgada incurrió o no en culpa. La diferencia para llegar a la conclusión de la existencia de una culpa grave es que el parámetro de comparación es mayor en la medida en que se cualifica el comportamiento a reprochar, ya que se exige, como lo enuncia el Código, que ese “padre de familia” no maneje el negocio ajeno con el cuidado que los poco prudentes manejan los propios. Esto significa que para que exista tal concepto en



el derecho privado se requiere pues que la persona juzgada realice un comportamiento de tal manera negligente que ni siquiera el torpe y poco prudente utiliza para sí.

Esta metodología, que es explicable en el derecho privado, no debe sin embargo ser, sin más, se repite, acogida por la jurisprudencia en el derecho administrativo. Si bien en este campo podría existir lo que denominaríamos el “buen servidor público”, el concepto se vuelve reglado por expreso mandato del artículo 6° de la Constitución Colombiana, cuando afirma que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y la ley y por omitir o extralimitar ejercicio de sus funciones. Esto significa que si al interior del reglamento de la función pública específica se decide que un comportamiento es gravemente culposo o civilmente doloso, ese comportamiento lo es, con independencia de que coincida con el concepto del “peor” de los servidores públicos o de la intencionalidad al que remitiría el Código Civil. Se observa así que en el campo del actuar estatal los comportamientos gravemente culposos pueden tener un parámetro distinto que en el derecho privado, en la medida en que el legislador y la propia administración, y aún el contrato, pueden determinar con mayor precisión, libertad y exigencia, lo que se debe entender por tal. Y mientras la calificación que el reglamento haga de la gravedad de un comportamiento no sea inconstitucional o ilegal, su validez es plena y tiene que ser aplicado por el juez. Pero, también se repite, el hecho de que la función pública sea reglada, no supone la prohibición de recurrir al Código Civil en los eventos en los cuales no exista disposición administrativa precisa aplicable. La remisión se permite por la identidad de conceptos del artículo 90 de la Constitución Política con el 63 del Código Civil, y porque es apenas natural que las normas de unas materias pueden aplicarse a otras en la medida en que no contraríen el campo al que se aplican. No se debe olvidar un postulado de interpretación de las normas, según el cual los principios que gobiernan la celebración de los contratos y las obligaciones en las áreas del derecho deben ser recíprocamente aplicables sin necesidad de invocación especial, a menos que la ley prevenga otra cosa o que sea indispensable preservar la especificidad de la materia, lo cual no ocurre en la hipótesis en estudio.

Si dicha puede ser la tendencia de la jurisprudencia en el manejo del concepto clave que permitirá la condena a servidores públicos, se debe también anotar que su labor será eficaz sólo en la medida en que al interior de

la jurisdicción se produzca el número necesario de condenas de servidores públicos, que ilustren, con el discurso judicial, aquello que se interpreta como prohibido so pena de sanción económica. La jurisdicción tendrá entonces a su cargo la elaboración de los conceptos que en los servicios públicos concretos se tendrán como dolosos o gravemente culposos, y con ello cumplirá no sólo una labor sancionadora sino educadora, que servirá de guía al comportamiento al interior de la función pública.

Realizada la construcción jurisprudencial sobre los conceptos claves que permitan la merma y ojalá desaparición de la impunidad civil del servidor público, gracias al juez, le corresponde también a la administración hacer efectiva la labor desempeñada por este.

B. La administración y el combate a la impunidad

Nada se haría si la administración y el Estado en general no colaboran en la intención de mermar la impunidad en el ámbito de la responsabilidad civil de sus funcionarios. Se debe recordar que si bien la directiva presidencial colombiana 04 de 1994 instó a los funcionarios del nivel nacional a practicar dicha figura, no existe aun conciencia generalizada en la importancia del manejo de la misma. Se requiere entonces de una clara voluntad política al respecto.

Es así como se puede pensar en la posibilidad de que la administración, por el conocimiento que tiene de cada entidad, establezca por vía reglamentaria o concertada, un catálogo taxativo mínimo de culpas graves y dolos. Con un catálogo como el propuesto, se sabría que indefectiblemente a los ojos de la entidad tales comportamientos son gravemente culposos o dolosos. Por demás esta posibilidad, como se desprende de lo que se ha dicho en la sección anterior, le quita el monopolio al Código Civil en la noción de culpa grave o de dolo. Se avanzaría así en el aspecto educativo del derecho, en el cual la administración tiene una función primordial a cumplir, y se deja de todas maneras, obviamente, la libertad de apreciación del juez quien será el que definitivamente decide si el mencionado comportamiento se presentó o no en el caso concreto. Habría pues una conjunción entre la labor jurisprudencial y la administrativa, que se entrarían a nutrir recíprocamente.



Pero para que un catálogo como el propuesto pueda tener real importancia, se requeriría que la administración a más de elaborarlo, lo pusiera en práctica. De nada serviría la simple intención si no se diseñan los mecanismos que permitan hacer efectiva la sanción civil al servidor doloso o gravemente culposo. Dentro de los mencionados mecanismos, a más de uno educativo que sería, repito, el esencial, se requeriría de otros punitivos que sirvan de ejemplo a los infractores. Dentro de estos últimos estarían la implantación sistemática del llamamiento en garantía en los eventos en los cuales, de la demanda que se instaura contra la entidad, se observe razonablemente que puede existir culpa grave o dolo de un servidor al origen del litigio. Pero no sólo basta el llamamiento en garantía, si no que se requiere de un actuar procesal diligente por parte de la entidad, que logre la prueba en el proceso de la culpa grave o del dolo, que como es bien sabido, por fortuna no se presumen. Para realizar este despliegue probatorio se requeriría que las entidades públicas tuvieran a su alcance las pruebas claras sobre las conductas de sus funcionarios, lo cual lleva a que se merme la impunidad al interior de las mismas, y a que se desarrolle más su labor de investigación disciplinaria. A más del llamamiento en garantía se podría fijar una política encaminada a realizar acciones de repetición ordinaria contra los servidores públicos que no fueron juzgados en el proceso en el cual se declaró la responsabilidad estatal, y que sin embargo, a través del proceso contra la entidad, se observe que ameritan ser procesados.

Si la diligencia estatal en poner en práctica la responsabilidad del servidor público se cumple, se requeriría, también, que las entidades tuvieran la infraestructura y el deseo necesarios para hacer efectiva la sanción económica, esto es, para realizar el cobro. Bien se pueden diseñar mecanismos que permitan el cobro por jurisdicción coactiva, o aún, que permitan deducir de las sumas que las entidades deban a sus servidores aquella a la cual ha sido sentenciado el servidor. Esta política no es para nada excluyente con la posibilidad de conciliar con el servidor público, antes de sentencia, siempre y cuando la figura sea manejada con el rigor necesario que no la convierta en la forma de lavar irrisoriamente las culpas graves o los dolos cometidos. Se recuerda que, según la ley 80 de 1993 -ley de contratación estatal en Colombia-, las consecuencias de la sanción económica al servidor público no son para nada irrelevantes, ya que, según los numerales 1° y 3° de su artículo 58, quedarían obligados a pagar la

suma fijada, e inhabilitados por diez años “para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia”. Sólo se debe advertir a este propósito que no sobraría una norma que generalizara la sanción para todos los campos de la actuación estatal, y que a su turno hiciera equivalente sentencia a conciliación, por si alguna interpretación pretendiera afirmar que no tienen la misma consecuencia.

Tampoco se debe perder de vista en este aspecto que la finalidad de la responsabilidad económica del servidor público no es tanto la recuperación efectiva de todos los dineros que el Estado tiene que pagar, como la educación basada en la no impunidad que se logre de los servidores. Con ello quiero indicar que a pesar de que exista un servidor público pobre, el cobro también debe realizarse, ya que se parte del enunciado elemental de que todo ser humano tiene patrimonio, y punto de dolor económico.

Logrado los objetivos propuestos en la Sección anterior, nos ubicamos ahora desde el otro ángulo del derecho de responsabilidad, esto es, el del cubrimiento de los daños.

2. Hacia un mayor cubrimiento de los daños de los asociados

De operar, como se aspira que opere la acción de repetición contra el servidor público, se presentaría una reducción del concepto de la responsabilidad estatal que se liberaría de tan criticables actuaciones. La liberación de dichos casos, permite entonces entrar a estudiar otra función esencial del derecho de responsabilidad, que se centra en el alcance que se dé al cubrimiento de daños que sufren los administrados.

Para estudiar dicho alcance se mirará en un primer momento el aporte que la jurisprudencia pueda hacer al respecto, para pasar en un segundo momento al estudio de las relaciones entre indemnización y prestación social o seguro.

A. El aporte de la jurisprudencia al cubrimiento de daños

Como se ha anotado, con la ausencia o por lo menos notoria disminución de los eventos de culpa grave y dolo, quedarían tan sólo los litigios en los



cuales se pueda predicar la existencia de una falla anónima del servicio, y aquellos en los cuales la responsabilidad del Estado se compromete sin que se presente tal falla.

Para lograr determinar algunas tendencias previsibles de la responsabilidad, se requiere un estudio sintético del estado actual de la jurisprudencia en Colombia, ya que el alcance que el juez dé a cada uno de los regímenes de responsabilidad marcará el cubrimiento de daños a través de la función del juez. Al igual de lo que ocurre en derecho comparado, en donde el cubrimiento de la responsabilidad definitivamente dependerá de la forma como el juez articule los diversos “regímenes de responsabilidad”, en Colombia el juez estará “aprisionado” por los mismos, y buscar la libertad frente a ellos será un problema del alcance al fundamento mismo de la responsabilidad.

La situación actual de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia es bastante interesante para hacer estudios de derecho comparado, en la medida en que, habiendo tenido una tradición de mas de 100 años de influencia francesa, se encontró abruptamente, gracias al artículo 90 de la C.P. de 1991, con una redacción de corte español, que hace residir el fundamento de la responsabilidad en el daño antijurídico que equivale a la noción de “lesión” de aquel derecho.

Es bien sabido que en el ámbito internacional las diferencias aparentes entre el modelo español y el francés son notorias, puesto que la doctrina española, salvo el profesor Garrido Falla, considera que tienen el sistema de responsabilidad mas garantista del mundo, en la medida en que sólo requiere de la imputación objetiva para que se resarzan los daños. Al contrario, el derecho francés, que a diferencia del español fue producto de la evolución lenta de la jurisprudencia, y que a través de sus etapas tuvo que pasar de la irresponsabilidad del Estado a la responsabilidad con fundamentos diferentes, tiene aún algunos campos del actuar administrativo en los que sólo se compromete la responsabilidad en la medida en que exista la falla del servicio, y más aún, sólo en la medida en que dicha falla sea “lourde” o grave, como ocurre actualmente para los servicios de tutela y de control⁹.

⁹ Moreau, Jacques. *La responsabilité administrative*, colección *Que sais-je?*, número 2292, mayo de 1995, p. 68.

Pues bien, entre estos dos sistemas se encuentra actualmente el colombiano.

La primera reacción que tuvo el Consejo de Estado, una vez producida la fórmula constitucional de corte español ya anotada, fue la de definir como objetiva la responsabilidad estatal, con apoyo en citas de los profesores García de Enterría y Leguina Villa¹⁰, dando con ello a entender que se iba a ampliar notablemente, al menos teóricamente, la cobertura de daños producidos a los asociados.

Sin embargo, la evolución que apuntaba hacia una responsabilidad netamente objetiva, fue encontrando su punto de regresión al entrar a solucionar los casos concretos. En efecto, el problema que surgió a la responsabilidad fue el de saber exactamente cuál era el lugar que debía ocupar la falla del servicio. En este aspecto se dirigía la jurisprudencia nacional al problema central de la responsabilidad, esto es, si podían o no existir eventos en los cuales el daño antijurídico se presentara sólo por la vía de la falla del servicio, o, dicho de otra manera, que si en ausencia de ella la responsabilidad no sería declarada. Este punto central, que en mi conocimiento no ha sido realmente abocado por la mayoría de la doctrina española que se ha limitado a reproducir felizmente la fórmula de la "antijuricidad objetiva"¹¹, fue resuelto por la jurisprudencia colombiana

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, 27 de junio de 1991, ponente: dr. Uribe Acosta, expediente n° 6454, actor: Edgar Perez Rodriguez, tomo 134 de los copiadore de la Sección Tercera, en la cual se afirmó: "La situación fáctica que se recoge en la 'causa petendi' debe manejarse a la luz de la idea de 'LESIÓN', como todo perjuicio antijurídico, que es la base o fundamento del deber de reparación, y que ha sido desarrollado en la doctrina española por Leguina y García de Enterría"; ver también 31 de octubre de 1991, ponente: dr. Uribe Acosta, expediente n° 6515, actor: Fabio Ospina y otros, tomo 144 de los tomos copiadore de la Sección Tercera, p. 328: "Si bien se advierte que es verdad que en la ley de leyes no se define el concepto de 'daño antijurídico', ello lleva a indagar el alcance actual del mismo, recurriendo a la doctrina española que lo ha precisado en todo su universo".

¹¹ En el reciente libro del profesor Jesús González Pérez, "Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas", Editorial Civitas, Madrid, 1996, cuando se habla de la normalidad o anormalidad del funcionamiento del servicio, se limita a afirmar: "Como se señaló en el apartado anterior, se ha tratado de interpretar la norma del artículo 139, LRJPA, en sentido restrictivo. Si se admite con generalidad el funcionamiento anormal como criterio de imputación, sólo en ciertos supuestos se admite la responsabilidad por funcionamiento normal del servicio". Lo que no se analiza es si la generalidad del funcionamiento anormal como criterio de imputación, supone que en dichos eventos la responsabilidad sólo se justifica en dicha anormalidad, haciendo por tanto perder el carácter objetivo a la responsabilidad.



mas con la tendencia de la teoría del profesor Garrido Falla¹² y de la jurisprudencia francesa, que de la responsabilidad objetiva.

Así, en sentencia del 30 de julio de 1992 el Consejo de Estado afirmó que “pueden existir hipótesis que no permiten el manejo de la responsabilidad desde la perspectiva exclusiva de ese daño antijurídico. Piénsese por ejemplo en algunos casos de responsabilidad nacidos del incumplimiento de obligaciones de medio y en los cuales esa responsabilidad sólo resultará comprometida cuando dentro de la infraestructura del servicio no se pusieron todos los instrumentos o elementos adecuados e idóneos para evitar la ocurrencia del perjuicio”¹³. Se observa claramente con esta cita que no se puede afirmar en el derecho colombiano que a partir de la Constitución de 1991 la responsabilidad se haya tornado exclusivamente en objetiva, y que por el contrario, en los eventos en los cuales se debata el incumplimiento de las obligaciones de medio la noción de falla del servicio adquiere una importancia tal, que si no se presenta, impide la declaratoria de responsabilidad.

Con una tal postura quedó entonces justificada la jurisprudencia de la falla presunta del servicio médico en el cual la responsabilidad ya no era objetiva, en la medida en que no requería solamente de una imputación objetiva -por ejemplo: muerte de un paciente en un quirófano estatal-, sino que se estableció una “presunción de falla del servicio” que podía ser desvirtuada en términos subjetivos. Si bien esta técnica ha sido criticada por un sector de la doctrina, por considerar que más que una presunción de falla del servicio estableció una presunción irrefutable de imputación¹⁴, lo cierto es que el discurso jurisprudencial es claro al respecto. En efecto, se ha afirmado que “teniendo en cuenta la obligación de medio que le incumbe a los médicos lo que no permite garantizar siempre el resultado esperado (la curación del paciente), y que tal resultado no se obtuvo en el caso sub iudice, a la entidad demandada le correspondía, para eximirse

¹² Garrido-Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen II, Editorial Tecnós S.A., novena edición, 1991, p. 246: afirma que se debe tener en cuenta “el funcionamiento normal o anormal del servicio, lo cual ... resulta ser un criterio más correcto que el de determinar si la víctima tenía o no el deber jurídico de soportar el daño”.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de julio de 1992, ponente: dr. Betancur Jaramillo, actor: Ninfa Rubio vda. de Celis, expediente n° 6941, tomo 166 de los copiadores de la Sección Tercera, p. 250.

¹⁴ Ver Tamayo Jaramillo, Javier. “Sobre la prueba de la culpa médica”, editorial Diké, 1995.

de responsabilidad, demostrar que había cumplido adecuada y diligentemente con sus obligaciones”¹⁵, lo cual es apenas natural porque “si a pesar de la diligencia, prudencia y cuidado en el procedimiento, practicado por un especialista, y sometido al paciente a la observación de rigor, se hubiere producido el daño, como ya se dijo originado en el riesgo propio del procedimiento, no habría lugar a la condena”¹⁶. Se aleja entonces así la jurisprudencia de la responsabilidad objetiva cuando no acepta en el campo médico la aplicación de la teoría del riesgo.

Pero no sólo se presentaban grandes campos como el anotado en el cual la falla del servicio se tornaba indispensable, sino que en el mismo análisis de la noción de daño antijurídico, se mostraba que el funcionamiento anormal, es decir, por fuera de determinadas “barreras”, constituía el pilar para que se entrara a declarar la responsabilidad. La situación es clara en el evento en el cual se produce un daño a un administrado a partir de la mora objetiva en resolver la jurisdicción un proceso -objetividad que se da porque en efecto hubo mora en relación con los términos procesales del código-, ya que en tal caso la jurisdicción considera que “lo ocurrido a partir de ese momento, y hasta el 21 de diciembre de 1987, no puede calificarse como antijurídico, porque fue el tiempo necesario que la justicia aduanera utilizó para definir si se había tipificado o no el delito de contrabando”¹⁷.

Similares planteamientos se pueden hacer sobre la responsabilidad por error judicial. En efecto, en estos casos no requiere simplemente de cualquier error, sino “de eventuales conductas abiertamente contrarias a derecho”, que “tienen que ser muy especiales, de aquellas que por ser tan ostensibles y manifiestamente raro el comportamiento del juez, con su proyección hacia los asociados ocasiona perjuicios graves”¹⁸. Esta lógica vino a ser corroborada, se esté o no de acuerdo con ello, por la sentencia de la Corte Constitucional cuando afirmó que “el error jurisdiccional debe

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, 13 de julio de 1995, ponente: doctor Betancur Jaramillo, actor: Martha Pérez, expediente n° 9220

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, 27 de julio de 1995, ponente: doctor Carrillo Ballesteros, actor: Jairo Devia T., expediente n° 9789.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 5 de marzo de 1992, ponente: dr. Uribe Acosta, actor: Jorge Luis Carreño Gil, expediente n° 6385

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, 16 de junio de 1994, ponente: dr. Daniel Suarez, actor: Felix Antonio Chavarro, reiterada por sentencia del 11 de julio de 1995, ponente: dr. Carrillo Ballesteros, actor: Marceliano Jimenez, expediente 7687.



enmarcarse dentro de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso”, es decir, que “debe enmarcarse dentro de los mismos presupuestos que la jurisprudencia, a propósito de la revisión de las acciones de tutela, ha definido como una vía de hecho”¹⁹. En la misma vía ha discurrido actualmente el Consejo de Estado, cuando afirma, en un evento en el cual se había detenido a un ciudadano al cual posteriormente se le revoca la detención, que “la apreciación global de las pruebas allegadas a los autos ilustran que las decisiones jurisdiccionales de investigar la conducta del actor y de privarlo de la libertad se derivaron necesariamente de la conducta impropia que asumió frente a sus acreedores, a quienes obligó a acudir a los estrados judiciales en el ramo penal, bajo la convicción de que eran objeto de un fraude penal”²⁰, con lo cual se da a entender, claramente, que no se declara automáticamente la responsabilidad en el evento en el cual un ciudadano es detenido y luego dejado en libertad.

Si esta lógica se aplica en los campos que hemos descrito, se debe traer como otro ejemplo el de la llamada “indemnización à forfait”. En nuestro derecho nacional la lógica que opera en tal fenómeno es simple: cuando un servidor público sufre un daño dentro del riesgo inherente a su profesión, sólo tiene derecho a la indemnización “à forfait”. Al contrario, si el daño está por fuera de dicho riesgo, es decir, si entre otras se presentó una falla del servicio, tiene derecho a una indemnización plena. Es así como “cuando por actos del servicio y dentro de los riesgos propios de su prestación sufren daños en su vida o integridad personal o moral deberán ser restablecidos prestacionalmente”²¹, o “cuando el daño antijurídico sufrido correspondió a un peligro propio de su oficio como agente de policía, en el cual asumía la contingencia del riesgo aún en épocas normales”²², no se declara la responsabilidad porque, como lo dice la última sentencia referida, “la policía como institución tiene la función de preservar el orden público interno y en el cumplimiento de esa misión asume volunta-

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, 29 de marzo de 1996, ponente: doctor Juan de Dios Montes Hernández, expediente n° 8455, actor: Javier Tello Mosquera, tomo 304 de los copiadore de la Sección Tercera, folios 360 y ss.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 15 de febrero de 1996, ponente: doctor Betancur Jaramillo, actor: Rosalba Montes B, expediente n° 10033

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, 8 de junio de 1995, ponente: doctor Suarez Hernández, actor: Heriberto Carreño, expediente n° 9913

riamente unos riesgos a los cuales el estado patrono no es indiferente". Por el contrario, cuando se excede ese riesgo asumido, la jurisprudencia declara la responsabilidad del Estado, porque "el hecho de que la víctima esté devengando una pensión de la entidad demandada, en nada impide que se decrete en su favor la indemnización, que proviene, no ya de su relación laboral con dicha entidad, sino de la falla en el servicio cometida por la misma"²³. Se observa pues que en este campo la noción misma de falla del servicio hace o no proceder la declaratoria de responsabilidad del Estado y por tanto la indemnización integral, puesto que el juez analiza "las pruebas (que son) suficientes para acreditar la falla del servicio de la entidad demandada", que muestran por ejemplo que "es claro que fue el imprudente manejo de un arma de dotación oficial lo que ocasionó la muerte del soldado", para concluir, a diferencia de los casos citados en los cuales no se declara la responsabilidad, que dicho soldado "no estaba obligado a soportar un riesgo por fuera de los normales que implica la prestación de su servicio militar"²⁴.

Se constata entonces la naturaleza mixta de la responsabilidad, que reside en la necesidad de la falla del servicio para que en algunos eventos o campos la responsabilidad sea declarada. No se puede por tanto concluir que el artículo 90 de la actual Constitución Política Colombiana instauró un régimen objetivo de responsabilidad del Estado, que podría conllevar a pensar que nuestro sistema habrá de producir rupturas sustanciales y radicales con lo que ha sido su historia²⁵. No. La noción de daño antijurídico no tornó en objetivo todo nuestro sistema de responsabilidad, sino que por el contrario, como lo expresó recientemente la Corte Constitucional, "como bien lo señala la doctrina nacional y se verá en esta sentencia, en el fondo el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado"²⁶. Se coincide así

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 27 de julio de 1995, ponente: doctor Betancur Jaramillo, actor: Esteban Zuñiga Caicedo, expediente n° 8770.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, 26 de septiembre de 1995, ponente: doctor Betancur Jaramillo, actor: Rosa Anaya S., expediente n° 9620.

²⁵ Remito al ensayo "Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia", 57 págs., que será publicado en las "Memorias del Segundo Congreso Colombiano-Venezolano de Derecho Público", realizado este año en esta ciudad, y en el cual, entre otras, se afirma que "el daño antijurídico es el que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado".

²⁶ Corte Constitucional, 1° de agosto de 1996, ponente: doctor Alejandro Martínez Caballero, sentencia C-333/96, demanda D-1111, actora: Emilse Margarita Palencia Cruz.



con el profesor Ortiz Alvarez cuando afirma que “hay actividades que se sabe a priori que sólo pueden implicar responsabilidad administrativa en presencia de una falta o funcionamiento anormal”²⁷, con lo cual acepta la naturaleza mixta de la misma.

Esto significa que el papel que el juez tiene y tendrá inevitablemente a desarrollar mientras subsista el Estado, es el de elaborar una jurisprudencia equilibrada basada en contrapesos entre la tendencia del Estado Social de Derecho a la seguridad social y la vida digna, y las obligaciones exigibles jurisdiccionalmente al Estado por la vía de su responsabilidad. Tiene y tendrá el juez entonces la delicada misión de encontrar el equilibrio entre lo judicialmente exigible al Estado y los proyectos que otros poderes desarrollen en términos de fortalecimiento del Estado de Derecho. Dicho equilibrio dependerá precisamente de la extensión que el juez dé a los regímenes de responsabilidad con los que cuenta para abrir o cerrar el cubrimiento de la institución en estudio.

Frente a tan difícil tarea debe el juez tener presente al menos dos premisas fundamentales.

La primera, que ha sido clara para nuestra jurisprudencia, es que el papel de la responsabilidad no es de redistribución de riquezas sociales, sino indemnizatorio, lo cual significa dejar a la persona en el estado anterior al hecho dañino. Es decir, que la función de la responsabilidad no es la de convertir al pobre en rico o viceversa, sino en dejar al pobre pobre y al rico rico. No en vano ha afirmado la jurisprudencia que “la indemnización de perjuicios no tiene la finalidad de proteger económicamente a quien por el acto dañino de otro quedaría en circunstancias materiales difíciles sino que filosóficamente está encaminada a restituir el patrimonio del perjudicado con un acto ilícito a las condiciones que aquel tenía antes de la ocurrencia del daño”²⁸. Este carácter resarcitorio de la responsabilidad muestra pues uno de sus rasgos esenciales: su lógica no es la de redistribuir dineros entre los asociados, sino la de reparar daños causados.

²⁷ Ortiz Alvarez, Luis. *“La responsabilidad patrimonial de la administración pública”*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, p. 640.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, 17 de julio de 1990, ponente: dr. Gustavo De Greiff Restrepo, actor: Arcelia Tovar de Trujillo, expediente n° 5980.

Este límite, que de por sí centra el concepto de responsabilidad, deja sin embargo otra importante pregunta pendiente: ¿puede jugar la jurisprudencia la función de ampliar el cubrimiento de daños? Es decir, una cosa es que se sepa que la función de la responsabilidad es indemnizar y no distribuir, y otra cosa es saber hasta dónde llega su función reparadora que permita al juez ordenar al Estado a indemnizar el daño. En este punto se puede anotar que entre mayor extensión se dé a la noción de daño antijurídico y de imputación al Estado, mayor será la cantidad de personas que podrán demandar la responsabilidad del mismo, y que la función del juez será precisamente ampliar equilibradamente los fundamentos que le permiten otorgar indemnización así como el criterio de imputación del daño al Estado.

Nos encontramos allí en el límite con la seguridad social y aún con el seguro privado, y por consiguiente con otro nudo gordiano de la responsabilidad que ya viene planteado: Si la responsabilidad se aleja de la noción de seguridad social en la medida en que su naturaleza es restitutoria en tanto que la de la esta es distributiva, ¿cómo impedir que en determinados eventos se crucen ambas funciones?

La respuesta, nada sencilla por demás, nos lleva a la segunda premisa de nuestra jurisprudencia en esta materia, que supone que ella está llamada a jugar, y que ha jugado, el papel de impulsora de la justicia material, -entendida como aquella que busca la realización y concreción de los derechos-, y por tanto, acercarse por esta vía a la seguridad social.

Es así como hay que afirmar sin temor que el juez debe, basado en los postulados constitucionales de la solidaridad social, promover la cercanía entre el derecho de daños y el de seguridad social. En países como Colombia, quizás a diferencia de lo que pueda ocurrir en Suecia, el discurso de la responsabilidad encuentra por tanto un sustento democrático que lo alimenta y lo hace indispensable. Se trata entonces de anotar que la jurisprudencia en numerosos eventos sirve de guía al legislador, y acalla una conciencia de injusticia en los administrados. Sino, ¿cómo explicar la sentencia mediante la cual se le otorgó indemnización a la señora que luego de dejar en el bus a su hija, murió en la explosión del atentado al director del D.A.S. cuando se desplazaba en su vehículo?²⁹. En este evento la juris-

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 23 de septiembre de 1994, ponente: doctor Uribe Acosta, actor: Justo Vicente Cuervo Londoño, expediente n° 8577.



prudencia, apoyada en el principio de la solidaridad social, amplió el campo de aplicación de la teoría del riesgo y la mezcló con la del daño especial, para así otorgar indemnización. Pero se reitera: esta metodología no es de extrañar, pues según afirman los autores Thierry S. Renoux y André Roux, en reciente artículo de 1993, “el caso de la reparación de las víctimas de actos de terrorismo ha sido uno de los campos en donde existe un acercamiento entre la seguridad social y la responsabilidad”³⁰.

Para ello debe hacer avanzar la cobertura del derecho de daños en los eventos en que su noción de justicia material, inmersa en la constante y perenne evolución del concepto de daño antijurídico, lo permita. Esta concepción no podría de todas formas llegar al extremo de la arbitrariedad y la demagogia so pena de perder legitimación en el conglomerado de la sociedad y, sobretodo, en el conglomerado de las instituciones, en especial el Congreso de la República que, si así lo deseara, podría plantear un conflicto de poderes en el momento en el que observe que la jurisprudencia está cumpliendo un papel excesivo o de intromisión en otros poderes.

Se concluye entonces de esta segunda premisa, que la función del juez es también la de aplicar en casos concretos la justicia material, que colmen aspiraciones democráticas de los asociados. Su límite estará en su sabiduría y equilibrio, que impida la deslegitimación de su jurisprudencia. Para la muestra, la acción de tutela dirigida por la Corte Constitucional, que en el fondo también es una acción de responsabilidad que protege los derechos constitucionales fundamentales. Es claro, para quien escribe estas líneas, que tal enunciación no permite un criterio matemático en el alcance del cubrimiento de daños, pero se opta por enunciarla de tal manera por la concepción clara que se tiene en el sentido de que es un imposible lógico determinar con criterios estadísticos dicho cubrimiento. Habrá, mientras exista la responsabilidad del Estado, una perenne evolución entre los dos polos descritos: indemnización y distribución. Mientras la indemnización será un problema de la responsabilidad judicial del Estado, la distribución será un problema de su ejercicio democrático por otros centros de poder. En la medida en que avance la distribución la responsabilidad disminuirá, puesto que, en el fondo, ésta se justifica en los eventos en que se violan postulados democráticos de los asociados. Todo será cues-

³⁰ Thierry S. Renoux y André Roux, *Responsabilité de l'Etat et droits des victimes d'actes de terrorisme*, AJDA, 1993, p. 75-81

ción de relación entre poderes: la jurisdicción alerta al Congreso a través de sentencias legitimadas en la sociedad, que en caso de tornarse arbitrarias o demagógicas, o en caso de inmiscuirse en otros poderes, podrán ser cuestionadas por los estos.

Si se puede concebir pues de la anterior manera el aporte de la jurisprudencia al cubrimiento de daños, queda por resolver el problema que se le plantea y planteará sobre los inevitables casos en que un mismo hecho de lugar a la prestación de la seguridad social y del seguro, y a la indemnización de la declaratoria de responsabilidad. Se reconoce así que, según lo afirmó en 1965 David-Constant, “la seguridad social entra en concurrencia con instituciones jurídicas que, principal o subsidiariamente cumplen la misma función: la familia, el seguro, la asistencia pública, la responsabilidad civil”³¹.

Basta por observar si dentro del concepto de cubrimiento de daños se puede entonces aceptar que la víctima del daño o de la contingencia pueda ser pagada por ambas instituciones.

B. Los límites de la jurisprudencia al cubrimiento de daños: ¿en qué debe quedar la regla de la indemnización integral del daño?

Es elemental la regla del derecho de daños que enuncia que “se debe indemnizar todo el daño, sólo el daño y nada mas que el daño”. Tan elemental es que pertenece ya a la cultura jurídica sin que haya siquiera necesidad de citar su autor. Dicha regla encuentra su origen en otro postulado fundamental, cual es el de la existencia del daño como requisito previo para su indemnización, entendiéndose por daño, en síntesis, menoscabo patrimonial, y por indemnización el restablecimiento del menoscabo. A pesar de la claridad de estos postulados, a pesar de la facilidad de la enunciación de la regla estudiada, su aplicación práctica plantea problemas mayúsculos al derecho de responsabilidad.

En efecto, aceptando que sólo se debe indemnizar el daño causado, la duda continúa y se desplaza a determinar qué ocurre cuando por el mismo hecho dañino la víctima ya recibió sumas diversas. Valga un ejemplo: su-

³¹ David-Constant, Simone. “L’influence de la sécurité sociale sur la responsabilité civile”, en *Melanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 236.



pongamos que a los familiares de la señora que murió en el atentado dinamitero contra el general Maza Marquez, ya referido, les pagaron un seguro de vida que la señora tenía, una pensión vitalicia que una ley especial otorgó por criterios de equidad, les dieron donaciones de unos familiares solidarios, etc., que conllevaron que a raíz del hecho dañino les mejorara notablemente sus condiciones económicas de vida. Si dichas personas demandan a su turno al Estado en responsabilidad, la pregunta que se plantea es la de saber si se debe descontar o excluir las sumas de dinero que ya han recibido.

Plantea el tema lo que el gran profesor De Cupis enuncia cuando explica la regla de la “*compensatio lucri cum damno*”, esto es, “la disminución proporcional que el *daño* experimenta cuando con él concurre un *lucro* (ventaja), o con otras palabras, la reducción del montante del daño resarcible por la concurrencia de un lucro”³². En términos abstractos, la *compensatio lucri cum damno* no violenta la regla de la indemnización integral, puesto que es claro que a raíz de un hecho dañino la persona puede quedar en situación económica mas ventajosa. Sería por ejemplo el caso, a mas del ya citado sobre el atentado dinamitero, en el cual una familia pobre, por sus propias creencias, considera que deben ahorrar como prioritario para la compra de un seguro de vida para el evento en el cual muera accidentalmente el padre o la madre, produciéndose el siniestro, y mejorando su calidad económica de vida. Si el siniestro se produce y la familia recibe un dinero que en principio no ingresaría a su patrimonio, puede en consecuencia producirse una mejoría económica. Por ello no se debe tener temor en enunciar, como lo hizo el Consejo de Estado Colombiano, en sentencia del 12 de septiembre de 1991, “que no es cierto que un delito o un cuasidelito, no pueda ser motivo de enriquecimiento para la víctima. Este resultado se dará... cuando exista un título o causa que justifica ese enriquecimiento”³³.

Sin embargo, el problema del cúmulo de la indemnización del perjuicio, sigue generando la duda de si con el otorgamiento de la indemnización se está sobrepasando la entidad del daño sufrido -para el evento en el que las otras sumas ya lo hallan compensado-, violando así la regla de la repara-

³² De Cupis, André. “*El Daño*”, Editorial Bosch, Barcelona, 1975, página 327.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 12 de septiembre de 1991, ponente: dr. Uribe, actor: Rosa Nelly Londoño, expediente n° 6572.

ción integral. Nos trasladamos así al tema de la acumulación o no de la indemnización y la prestación social, el pago de la póliza de seguro, o aun en el de la liberalidad, que ha sido tradicional en el derecho de responsabilidad. Los autores clásicos se ocuparon del tema³⁴.

Como lo enuncia la sentencia precitada del Consejo de Estado Colombiano, la respuesta dependerá de si el "título o causa que justifica ese enriquecimiento" son acumulables a aquellos por los cuales se decreta la indemnización. Si ambos se acumulan, sin deberlo, y se otorgan las dos sumas de dinero, se violaría por exceso la regla de la indemnización integral del daño, pues se estaría indemnizando por encima de la entidad del daño a la víctima, sin que tenga derecho a ello. Si no se acumulan debiendo serlo, y se descuentan o sustituyen las dos sumas, se violaría por defecto la regla estudiada, pues se le estaría pagando menos a la víctima, teniendo derecho a un mayor pago.

Es por lo anterior que la regla que se debe sentar es la siguiente: cuando se presenta un daño y el cúmulo de indemnizaciones se da con base en un título o causa que lo justifica, y no excluye a la otra, es procedente sobrepasar la entidad misma del daño. Se requiere así de dos características para que se sobrepase la entidad del daño y se pueda afirmar que el hecho dañino puede ser motivo de enriquecimiento para la víctima: que exista un título o causa que lo justifique -por ejemplo un seguro, una pensión, una donación, etc.-, y, además, que dicha causa o título no sea excluyente con aquellas. No basta entonces la existencia de la causa o título que justifique el pago de la suma de dinero, sino también el estudio de si dicha causa o título son excluyentes con el otro reconocimiento que se procede a hacer. Bien puede ocurrir que exista la primera condición mas no la segunda, hipótesis en la cual no puede existir la acumulación so pena de violar la regla de la indemnización integral del daño. El punto que se torna entonces importante es sobretodo el de determinar en qué eventos la causa o título con el que se está otorgando otra suma de dinero diferente a la indemnización, se excluye o no con esta.

³⁴ Ver, por ejemplo, Mazeud Henri y León, y Tunc André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977, tomo I, vol. 1, pag. 327 y ss; Arturo Alessandri Rodríguez, "De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil", imprenta Universal, 1987, tomo 11, p. 586 y ss.



La postura que ha tomado el Consejo de Estado Colombiano ha permitido que se acumulen prestaciones sociales e indemnización, por considerar no sólo que tienen causa jurídica distinta sino que no son excluyentes. Esta ha sido posición constante de la jurisprudencia de la Plenaria del Consejo de Estado en los últimos dos años, recordada en su sentencia sobre el Palacio de Justicia, en la cual se reconoció indemnización integral del daño por la vía de la responsabilidad a pesar de que a las víctimas se les había otorgado pensión de por vida³⁵. La lógica de esta postura es simple: "con el pago de esas prestaciones no se estaba indemnizando a los damnificados, sino que simplemente se les estaba reconociendo unos derechos sociales creados por la ley. En estas condiciones, como lo ha dicho la doctrina, es admisible el cúmulo de indemnización"³⁶. Dicho en otras palabras, "el hecho de que la víctima esté devengando una pensión de la entidad demandada, en nada impide que se decrete en su favor la indemnización, que proviene, no ya de su relación laboral con dicha entidad, sino de la falla en el servicio cometida"³⁷. Se acepta pues para este caso la existencia de una causa jurídica distinta y la admisibilidad del cúmulo de los reconocimientos de las sumas de dinero.

Sin embargo, la jurisprudencia ha tenido la oportunidad de precisar que existen eventos en los cuales no es procedente la acumulación. Cuando de derecho de seguros se trata, la acumulación ha sido desechada. Es así como en el reciente caso en el cual se demandó al Estado por responsabilidad frente a la explosión del avión de Avianca causado por una bomba, y en el cual las víctimas habían realizado una transacción con la compañía transportadora, se resolvió la litis con el argumento según el cual se presenta la ausencia del "elemento perjuicio indemnizable", debido a que una de las partes implicadas transigieron el valor de la indemnización, y que por tanto, la víctima no puede reclamar dos veces porque ello significaría un enriquecimiento patrimonial³⁸. También en la sentencia del 22 de julio de 1996, frente a los perjuicios sufridos en los bienes de una persona, se

³⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 16 de julio de 1996, Consejero Ponente: doctor Libardo Rodríguez, expediente S-422, actor: Susana Becerra de Medellín y otros.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, 13 de septiembre de 1991, Consejero Ponente: doctor Carlos Betancur Jaramillo, actor: Melida Inés Domínguez de Medina, expediente n° 6253.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 27 de julio de 1995, ponente: doctor Betancur Jaramillo, actor: Esteban Zuñiga Caicedo, expediente n° 8770.

³⁸ Fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, expediente No. 91-D-7536, Actor: Cecilia Corredor de Gregory, Magistrado Ponente: Benjamín Herrera, acogido por el Consejo de Estado.

descontó del valor total de la indemnización lo que ya pagó la aseguradora a la víctima, y se descontaron también los beneficios tributarios recibidos en virtud de una resoluciones que dictaron medidas de apoyo a las víctimas de atentados terroristas³⁹.

El problema, como se observa, es complejo. Por ello vale la pena recordar al profesor André Tunc, cuando recuerda que “el daño accidental debería en general ser cubierto por las técnicas que diluyen su carga” y que “la dilución resulta hoy en día del juego de mecanismos variados que tienen poca probabilidad de decrecer: ante todo, la seguridad social y las instituciones de salud pública, en segundo lugar, el seguro de responsabilidad y, finalmente, los seguros directos. El problema fundamental -continúa el profesor volviendo al tema esencial aquí tratado-, si estas diferentes fuentes de indemnización colectiva no son refundidas en un sólo sistema de compensación social como ocurre en Nueva Zelanda, será el de encontrar las mejores vías para los diferentes tipos de daños y evitar en lo posible el doble empleo o las contradicciones entre los tres mecanismos”⁴⁰.

Así las cosas, se puede concluir el punto afirmando que deberá el juez tener muy presente lo aquí afirmado, para no caer en la violación de la regla de la indemnización integral del daño, sea por exceso, sea por defecto. Para tal efecto, habrá de tener en cuenta que independientemente de que existan varias fuentes de pago a las víctimas, éstas tienen que ser respetadas mínimo en su indemnización integral. Lo anterior significa que a pesar de existir contrato de seguro o prestación social o aún operancia de un fondo de garantía que otorga un dinero frente a un daño, la víctima puede reclamar por lo menos el excedente que se presente entre lo pagado y la indemnización integral del daño. La discusión que se presenta queda reducida entonces a si de ésta indemnización integral se debe o no descontar lo pagado por la seguridad social o el seguro privado, y frente a tal situación estimo que la solución la da en muchos eventos el derecho de subrogación que tenga la persona que ha realizado el pago. En el evento en el cual exista el derecho de subrogación, no podría condenarse al Estado al pago doble del daño, sin que ello signifique para nada violación de la

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 22 de julio de 1996, ponente: doctor Jesús María Carrillo Ballesteros, expediente n° 10.396, actor: Sociedad Compañía Importadora de Automotriz de Partes y Accesorios Ltda. Cimpac Ltda. y otros, tomo 314 de los copiadore de la Sección, fl. 29.

⁴⁰ Tunc, André. “*La responsabilité civile*”, Economica editores, Paris, 1981, p. 158.



indemnización integral, puesto que la víctima queda íntegramente indemne. En un tal caso, lo máximo que podría reclamarse sería el valor de la prima que tuvo que pagar la víctima al seguro.

Con estas observaciones hemos de pasar a las tendencias de los aspectos procesales de la responsabilidad.

II. TENDENCIAS DE LOS ASPECTOS PROCESALES DE LA RESPONSABILIDAD

En la parte anterior se ha analizado lo que se considera deben ser las tendencias del derecho de responsabilidad extracontractual del Estado, en su parte sustancial, esto es, en la aplicación de las reglas de fondo que permitan suponer razonablemente que en un determinado evento se debe otorgar indemnización, previa declaratoria de responsabilidad.

Falta ahora por analizar su aspecto procesal, entendiendo por tal el que fija las reglas para hacer efectivo el pago mismo de la indemnización, es decir, del conjunto de reglas que permiten satisfacer el objeto del proceso de responsabilidad. Como principio básico en este tema se debe recordar que la tendencia debe ser a la simplificación en la obtención de la indemnización, es decir, a la atenuación de las reglas procesales. Una vez claro el derecho a la obtención de la misma, la forma de acceder a ella se torna secundaria, y por ello se puede también en este sentido afirmar la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal. Si bien se rescata dicho norte, se debe también tener en cuenta que la simplificación de dichas reglas debe hacerse de manera gradual, prudente, sin pretender por el momento llegar a situaciones como las que pueden ocurrir en países desarrollados en los cuales el reclamo de la indemnización se ha convertido en un asunto netamente administrativo, cobrable por "ventanilla".

En un primer momento se estudiará la conciliación en derecho administrativo como mecanismo de solución de conflictos de responsabilidad, para pasar en un segundo aspecto al estudio del problema que actualmente plantean las acciones posibles para la obtención de la indemnización.

Se opta por este plano porque se considera que la conciliación, como se verá, es una manera de encontrar el equilibrio entre la simplificación

procesal y la garantía al Estado y a los particulares de la certeza de la procedencia de la indemnización. Esta forma expedita y segura de solución de litigios no abarca sin embargo todo el universo procesal de la materia, pues queda por sentar posición respecto de la forma como deben ser conducidos los procesos a los cuales no se llegue conciliación. Por ello en una segunda sección se verá el problema de las acciones de responsabilidad.

1. La conciliación en derecho administrativo

En el derecho colombiano no existía una verdadera tradición de solución de conflictos entre el Estado y los particulares por fuera del proceso y la sentencia judicial. Si bien la transacción ha sido permitida de antaño por el Código de Procedimiento Civil (art. 341), su utilización no ha sido utilizada con frecuencia, quizás porque existía desconfianza tanto del servidor público como del particular en terminar por esta vía la solución de sus litigios. Sin embargo, dentro de los mecanismos alternos de solución de conflictos, gracias a la expedición de la ley 23 de 1991, se diseñó un mecanismo interesante para tal efecto, que sin llegar al extremo de la solución contractual por la vía de la transacción, sí permitió que el Estado tuviera opciones diferentes al proceso y a la sentencia para dirimir los litigios.

El esquema de la mencionada ley, y de sus normas complementarias, se basó en un centro que la distancia sustancialmente de otros mecanismos que pueden existir de solución de conflictos, tales como la transacción por fuera del proceso, la amigable composición, la operancia de los jueces en equidad, etc. El punto de distinción era la obligatoria homologación judicial que se requirió para el mencionado esquema de la conciliación, y que no necesariamente tiene que operar en otras formas alternas de solución de litigios. Por ello, por ejemplo, a diferencia del esquema de la ley 23 de 1991, la ley 80 de 1993 permitió que se dirimieran conflictos sin necesidad de intervención del juez⁴¹.

⁴¹ Dice el artículo 73 de la ley 80 de 1993: "Podrá pactarse acudir a los centros de conciliación y arbitramento institucional de las asociaciones profesionales, gremiales y de las cámaras de comercio para que diriman las controversias surgidas del contrato".



Sobre las dos opciones planteadas, quiero dejar en claro que soy defensor ferviente de la necesidad de intervención judicial en los eventos en los cuales se requiera dirimir controversias en las cuales estén en juegos dineros públicos.

La idea, que no necesariamente coincide con las tendencias modernas del derecho procesal, se sustenta sin embargo en varias consideraciones que apuntan más a su aspecto de conveniencia que de estricta legalidad, pero que marcan la posición de quien escribe estas líneas. De una parte, se ha de tener en cuenta que “las personas públicas no pueden hacer donaciones”, al menos por la vía del reconocimiento de su responsabilidad. Si ello es así, se estima que la conciliación en derecho administrativo, mas que un problema psicológico o de buena disposición de voluntad, es un problema de conocimiento jurídico, de causa en el reconocimiento de la suma de dinero. No basta pues que se quiera, así sea por equidad, otorgar una suma de dinero, sino que se requiere que la misma se encuentre jurídicamente justificada, para no caer precisamente en la liberalidad sobre dineros públicos. Así las cosas, se estima que dentro del sistema de los tres poderes, es al juez a quien le compete declarar la justificación de la causa en el reconocimiento de una suma derivada de una declaratoria de responsabilidad, pues es la persona idónea, por su experiencia y por conocimiento, ya que conoce tanto la norma como la jurisprudencia que le permite “decir el derecho”. No significa lo anterior que si el juez no existiere, la administración haría siempre reconocimiento indebido de liberalidades, sino que se quiere anotar que el juez, por su función propia, es la persona mas indicada para impedir que ello ocurra. De otra parte, se debe recordar que si bien la administración puede celebrar contratos, con lo cual se permitiría por ejemplo el contrato de transacción, el mismo no tendría el mismo efecto de cosa juzgada jurisdiccional que otorga un sistema en el cual la justificación última del acuerdo la otorga el juez, y hace por tanto menos sólido aquel tipo de acuerdo. Es claro que la transacción, tal y como la define el artículo 2483 del Código Civil “produce el efecto de cosa juzgada en última instancia”, siendo significativo el “en última instancia”, pues precisamente recuerda que se trata de un contrato sobre el cual “podrá intentarse la declaración de nulidad o la rescisión”, lo cual no ocurre precisamente con la conciliación judicialmente homologada. De otra parte, considero que es altamente conveniente la intervención del juez y del ministerio público en las conci-

liaciones, dadas las circunstancias de nuestro país, puesto que garantizan una mayor transparencia en la operación jurídica. No creo que con ello se atente contra el principio de la buena fé, pues es bien sabido que a éste no se le debe confundir con la ingenuidad. Es decir, a la buena fé se le debe interpretar con "malicia indígena". Por demás, se observa que en este tipo de negocios jurídicos se está disponiendo de dineros públicos, lo cual los diferencia radicalmente del derecho privado, eventos en los cuales por demás, también existe la necesidad de aprobación judicial cuando se dispone de dineros de otros, como por ejemplo, en determinados casos de tutores y curadores.

Así las cosas, lo reitero, creo que las desaveniencias que se presenten entre el Estado y sus ciudadanos, cuando de disposición de dineros públicos se trata, debe ser resuelto por el juez y que el límite de la aplicación del principio de la simplificación de procedimientos debe ser en el área del derecho público la intervención del mismo.

Entendida bajo esta óptica la figura, y reafirmando la importancia de la defensa de la misma, baste afirmar, ella debe ser cada vez más utilizada en el derecho administrativo, y que por ello debe ser una tendencia de nuestro derecho procesal. Se dirá, y vuelvo al punto, que también pueden ser utilizadas otras figuras que no requieran de la homologación judicial, como por ejemplo la "demande préalable" del derecho francés, pero reitero que la forma como ha venido funcionando la figura en nuestro derecho, no sólo ha sido expedita, sino que garantiza con mayor seguridad que la disposición de dineros públicos se haga con la mayor transparencia posible. No se puede entonces afirmar que esta forma de conciliación sea inoperante, porque de enero a julio de 1995 se realizaron en Colombia un total de 138.6 conciliaciones mensuales por un valor de \$3.586'.357.727, lo cual equivale a decir que cada conciliación tuvo un valor promedio de \$25'875.568. Estas cifras⁴², que por sí mismas demuestran la importancia de la conciliación en el derecho administrativo colombiano, han permitido que aproximadamente el 10% de los litigios que se ventilan ante la jurisdicción contencioso administrativo estén siendo solucionados por la

⁴² Datos extraídos del informe "Dimensiones de la Conciliación en el campo contencioso administrativo (septiembre de 1994-julio de 1995)", preparado por el grupo asesor de la Procuraduría Primera Delegada ante el Consejo de Estado, y presentado a la A.L.D.-F.E.S.



novedosa vía, y que Colombia se convierta en este aspecto en un país digno de atención para el derecho comparado, en el cual, a pesar de existir otros mecanismos, no alcanzan las cifras que aquí se han alcanzado. Que no se diga entonces que tal mecanismo no opera en el duro mundo de las estadísticas.

Teniendo en cuenta los comentarios anteriores, permítaseme enunciar ligeramente los principios generales que a mi modo de ver deben guiar la conciliación en derecho administrativo, y que apuntan más a su filosofía general, que a su forma concreta de operar⁴³.

Veámoslos.

a. La conciliación en derecho administrativo supone una filosofía de paz y pluralista.

Las normas sobre conciliación no son más que la concreción de la filosofía liberal y pluralista en la solución de los litigios, que parte del reconocimiento del otro como forma de accionar social. En efecto, el éxito de la conciliación dependerá de que en la mente de las partes se haga expreso reconocimiento del otro, se le valore, se le reconozcan derechos y no se le considere como enemigo. Es decir, si la sentencia es la forma normal de terminación de un proceso en el cual las partes no pudieron avenir a un acuerdo, la conciliación es la forma anormal de terminación del litigio en el cual el acuerdo es posible precisamente por el reconocimiento del derecho ajeno. En este sentido se puede afirmar que la conciliación es la verdad jurídica por consenso. Por ello justificarla ante todo por ser una técnica de descongestión de despachos judiciales es dejar incompleto el principio jurídico. En ocasiones la justificación que a la figura de la conciliación se da, centra erradamente la atención en el problema técnico de la descongestión de los despachos judiciales, y no en la implantación de la concepción filosófica que ella supone. Si bien es cierto la aplicación misma de los principios de la conciliación lleva obligatoriamente a la descongestión de los despachos judiciales, lo importante es resaltar que la solu-

⁴³ Sobre el manejo concreto de la figura se aconseja consultar la cartilla que escribí sobre "la conciliación en derecho administrativo", publicada por el Ministerio de Justicia y del Derecho, bajo el auspicio del Programa para la Modernización de la Administración de Justicia FES-AID, en abril de 1996, 165 páginas.

ción de los conflictos sociales por medio de dicha figura es fruto del avenimiento y la concordia de las partes, y que cuando el Estado mismo es el que se hace a la filosofía de paz y de pluralismo, no sólo cumple con su función originaria sino que alerta a toda la sociedad para seguir su ejemplo.

b. La prepotencia de la administración es un enemigo de la conciliación.

La prepotencia con la que la mayoría de los estudiosos del derecho administrativo han mirado las relaciones jurídicas que se plantean al interior de la disciplina, hacía partir del supuesto de que en esta área del derecho se estudiaban relaciones jurídicas que por definición eran desiguales, en el sentido de que el Estado tenía la virtud de imponerse a los particulares sin contraprestaciones o, a lo menos, con exceso de poderes exorbitantes. Dicha concepción naturalmente atenta contra la conciliación porque no le permite el sustento filosófico suficiente para su desarrollo. Nada más lejano a la idea de conciliación que la creencia en la superioridad de una de las partes en conflicto. La sólo noción de conciliar (del latín *conciliare*, es decir, componer y ajustar los ánimos de los que están opuestos entre sí) supone que los litigios que vinculan al Estado deben estar supeditados a una legalidad que también tiene en cuenta, y por fortuna bastante, a quien se encuentra en el otro extremo de la litis. Sin querer afirmar que las relaciones desigualitarias propias al derecho público en general han desaparecido, sí se debe afirmar que la tendencia del derecho administrativo es volver cada vez más igualitarias las relaciones entre Estado y particulares. Se da así sustento a una concepción nueva de la función pública en la cual la arrogancia del poder no esté presente en quienes lo representan.

e. La conciliación riñe con la concepción según la cual es mejor no comprometer por esta vía el erario público y esperar por tanto una sentencia judicial.

En la mentalidad de muchos servidores públicos existe la creencia según la cual es mejor esperar una sentencia judicial que conciliar, para así no comprometer el erario público a su cargo y disposición, ni correr riesgos políticos. Con esta postura no se educa a la sociedad, que tiene que partir de un principio elemental para su convivencia: cuando una persona debe, responde, y si su responsabilidad se logra por medio de la conciliación no



sólo se transmite un discurso de paz, sino que se permite que el monto de la obligación se vea mermado en bien del presupuesto público. Es decir, cuando se presentan los elementos para que se de una conciliación, no hacerla atenta contra el reconocimiento franco que debe hacer la persona pública sobre su responsabilidad, sino que posterga el problema de la condena a la misma, haciéndola por demás mas onerosa. Soy conciente que este postulado puede ser rechazado por ejemplo por alcaldes de pequeños municipios que no disponen de presupuestos grandes, pero frente a una tal situación sólo se puede escoger entre dos opciones: se deja el problema para el siguiente o se asume una filosofía educativa que suponga que para el desarrollo social no se puede partir de deudas no aceptadas.

d. La conciliación supone que el acuerdo logrado sea justo para ambas partes

Si bien acaba de expresarse que la conciliación debe lograr que el acuerdo logrado sea menos oneroso para la entidad pública, de lo que sería su condena, se debe recordar que ello no supone que tales entidades deben hacer ofertas inequitativas para lograr su acuerdo. Es claro que si bien una de las grandes diferencias que existen entre la conciliación y la transacción, en teoría, es que ésta última supone un desistimiento recíproco de pretensiones que no supone la primera, no se debe llegar al extremo de que al Estado, por vía de la conciliación, se le quite el aliciente económico que lícitamente puede tener. Es decir, el Estado, al igual que el particular, debe sacar beneficio del arreglo, sin que ello conlleve a que el mismo sea injusto. Es un problema de negociación, en la cual partiendo de la autonomía de la voluntad, y sobre todo, del no aprovechamiento de la parte débil, se logre un acuerdo equitativo para las partes en conflicto.

e. La conciliación supone la solución ajustada a derecho de los litigios contra la administración.

La conciliación supone que la solución del conflicto entre las partes sea ajustado a derecho, ya que en el evento de que así no lo sea, el juez tiene la obligación de invalidarla. En efecto, el artículo 60 de la ley 23 al hablar de la conciliación prejudicial afirma que "si se lograre el acuerdo, las partes suscribirán un acta que refrendará el fiscal, la cual enviará inmediatamente a la sección respectiva, para que el consejero o magistrado a quien

le corresponda por reparto *defina si ella resulta lesiva para los intereses patrimoniales del Estado, o si puede hallarse viciada de nulidad absoluta, caso en el cual dictará providencia motivada en que así lo declare...*". De igual tenor es el artículo 65 en lo que toca a la conciliación judicial.

De este principio derivan varias consecuencias importantes que le dan especificidad a la conciliación en derecho administrativo.

En primer lugar, que la conciliación no es obligatoria para las partes. Esto es, que la misma no tiene que lograrse a toda costa, pues ello conllevaría a la deplorable práctica de que es mejor inventar un pleito para sacar "algo" por dicha vía.

En segundo lugar, que la conciliación en este campo del derecho supone una menor disposición de la autonomía de la voluntad en los entes públicos que la de los entes privados en el derecho privado. En efecto, la norma transcrita impone al juez la obligación de improbar la conciliación cuando "resulta lesiva para los intereses patrimoniales del Estado", pero no cuando resulta lesiva para los intereses particulares. Por discutible que sea la norma, es claro que el legislador quiso proteger el patrimonio estatal dejando a los particulares la autonomía en la protección del suyo. Ello no significa que la conciliación pierda su norte de justicia que la define, como ya se vió, sino que hay mayor disponibilidad para el particular en lo que por justicia pueda entender, puesto que si bien este área tiene también límites -arts. 2475 del C.C. y 340 C.P.C.-, indudablemente el ámbito de disponibilidad de los derechos es sustancialmente mayor del que se presenta en derecho administrativo. En efecto, mientras en derecho administrativo hay mayor posibilidad de que el juez encuentre que una conciliación lesiona los intereses del Estado, en derecho privado, dicha posibilidad es menor, puesto que la posibilidad de disponer los intereses propios aumenta. Es así como, por ejemplo, a diferencia del derecho privado, la conciliación administrativa no puede suponer que el Estado reconozca un sólo peso de más de lo que debe o que acepte conciliar mientras las pruebas de su obligación sean dudosas, mientras que el particular bien puede disponer recibir menos o más de lo que se le adeuda o conciliar aún en el evento en el que su obligación sea discutible. Este principio deriva del otro principio general según el cual "las personas públicas no pueden ser obligadas a pagar sumas que no deban" o aún, de aquel según el cual, "el Estado no puede reconocer por la vía de la conciliación liberalidades".



En tercer lugar, como corolario de lo anterior, se debe anotar que en derecho administrativo la conciliación debe ajustarse rigurosamente a la solución jurídica que da el ordenamiento al conflicto planteado. Es por ello que en este área del derecho importa más el conocimiento jurídico a la solución del conflicto, que la mera, pero necesaria disposición cultural o psicológica para solucionarlo. El límite de la conciliación lo marca entonces el que la misma “no sea lesiva a los intereses patrimoniales del Estado”, es decir, que suponga necesariamente que en todos sus aspectos aquella se conforme rigurosamente a la norma positiva. Es por ello que no se trata de un mecanismo jurídico que a cualquier precio permita la solución de litigios, sino uno que implica que dicha solución siendo justa equilibre la disposición de intereses con la legalidad. Así, por ejemplo, no puede conciliar el Estado las consecuencias económicas de su responsabilidad por los hechos de Armero, en procesos posteriores a aquél en el que el Consejo de Estado ya ha resuelto que en tal evento no existe responsabilidad del Estado.

En cuarto lugar, también consecuencia de lo anotado anteriormente, debe quedar en claro que la conciliación en derecho administrativo supone el estudio jurídico pormenorizado del caso sometido a estudio. La conciliación en este campo, se insiste, no es sólo un problema de voluntad sino de legalidad y de conocimiento jurídico. Ello supone que cuando los representantes de un ente público van a una audiencia de conciliación, deben haber estudiado tanto las normas como la jurisprudencia que dan las pautas de solución al conflicto. No hacerlo significa sencillamente demostrar mediocridad y arriesgar comprometer por fuera de la legalidad a su representada, con la consecuencial obligación para el juez de invalidar lo actuado. Valga un ejemplo: en la conciliación consistente en la indemnización de los perjuicios derivados de una obra pública, que dañó la fachada de un inmueble particular y lo dejó sin posibilidad de ser habitado durante cierto tiempo, se puede conciliar el valor de reparación de la fachada. Sin embargo, frente al lucro cesante derivado de no poder habitar el inmueble, se puede estar frente a dos hipótesis: que dicho lucro cesante corra desde el día del daño hasta aquél de la sentencia, o que corra durante un menor tiempo. Para saber cómo se concilia en este último aspecto, se debe tener en cuenta lo que la jurisprudencia ha dicho al respecto, puesto que una conciliación que reconozca mas allá del término establecido en la jurisprudencia que interpreta la norma, debería ser anulada por el juez

por ser "lesiva a los intereses patrimoniales del Estado". Con este ejemplo se quiere sólo reiterar que es indispensable el conocimiento jurídico profundo de la situación a conciliar, y que los entes públicos deben hacer el esfuerzo para estimular a sus representantes a mantener un nivel jurídico elevado que permita defender correctamente sus intereses.

f. La conciliación en derecho administrativo supone replantear el principio según el cual la legalidad no se negocia.

En el ámbito del derecho administrativo existe un principio que enuncia que los actos administrativos se presumen legales, y, como consecuencia del mismo, un sector doctrinario ha considerado que puesto que la legalidad no se negocia, no cabe la conciliación en aquellos eventos en los cuales está de por medio un acto administrativo.

Independientemente de que la legalidad pueda o no ser negociada, y de las teorías políticas que puedan existir al respecto, lo importante es dar la dimensión exacta al principio en comento en lo que ahora nos ocupa.

En este sentido se debe anotar entonces que la verdadera dimensión del principio no conlleva a la improcedencia de la conciliación en acciones como la de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 C.C.A.), puesto que, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 12 de diciembre de 1991, con ponencia de los Magistrados Pablo Cáceres y Pedro Escobar Trujillo en el expediente 2326, en la cual se estudió la constitucionalidad de la ley 23 de 1991, la conciliación, cuando hay de por medio un acto administrativo, supone que la misma se equipare a la revocatoria directa del artículo 69 y siguientes del precitado Código. Expresó la sentencia: "Coligese de lo que se ha expuesto que para poder entrar a conciliar sobre los puntos puramente patrimoniales, tanto tratándose de acto ejecutoriado como de acto cuya ejecutoria se halle apenas en ciernes, la administración siempre ha de dilucidar previamente si se encuentra en alguno de los supuestos que la legitiman para revocar directamente el acto, bien por inconstitucionalidad o ilegalidad manifiesta o por inconveniencia y sólo en caso afirmativo podrá proceder a la conciliación; claro que formal o externamente se seguirá un orden cronológico inverso, pues el acto será revocado como consecuencia de haberse llegado a la conciliación patrimonial, ya que ésta si fracasa por cualquier motivo, aquél continuará firme".



Sin embargo, también hay que anotar que actualmente en el ordenamiento positivo está prohibida la conciliación judicial en las acciones de nulidad y restablecimiento, y que por tanto el principio enunciado opera tan sólo a nivel doctrinario y de discusión. Es decir, actualmente, por influencia del sector doctrinario que aquí se combate, no cabe la conciliación judicial en las acciones en las cuales está de por medio un acto administrativo, como es la de nulidad y restablecimiento. Ello no obsta para que se considere que el ordenamiento positivo no tiene en este momento razón al excluir la conciliación en tales acciones, bajo el errado principio de que negociar cuando la fuente de la responsabilidad es un acto administrativo, supondría negociar la legalidad del mismo. No. Como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en la precitada sentencia, la conciliación sí debe ser permitida aún en las hipótesis en que esté de por medio un acto administrativo. Para ello se requeriría simplemente utilizar la figura de la revocatoria directa de los actos administrativos, para así poder entrar a conciliar sobre los efectos patrimoniales del acto revocado. Se permitiría entonces que en la misma acta de conciliación la administración revoque su acto, y concilie sobre los intereses patrimoniales que están en juego. Piénsese por ejemplo en la hipótesis del decomiso ilegal de un avión por parte de la administración. Si existe proceso al respecto, o aún sin él, nada impide para que el mismo termine por la vía de la conciliación, en la cual la administración revoca el acto administrativo y concilia los efectos económicos -por ejemplo lucro cesante- que haya podido producir la vigencia del mismo.

Es claro entonces que frente a la ilegalidad de actos administrativos la conciliación no debe tener reparo alguno. Si algún elemento de discusión pudiere existir debiera ser en el evento en el que la revocatoria fuere procedente, no ya por problemas de ilegalidad sino de conveniencia. En esta hipótesis, que se reconoce es más compleja que la anterior, es donde verdaderamente se debe plantear la discusión. Considere que también en este evento debe proceder la conciliación. Valga un ejemplo: un contratista incumple con una obligación menor del contrato, como sería entregar una obra parcial un día después de la fecha fijada. Frente a ello la administración impone una multa mediante acto administrativo -se recuerda en este punto la gran discusión existente sobre la posibilidad actual de imponer unilateralmente multas, y el contratista perjudicado busca una fórmula de arreglo proponiendo al Estado que revoque la multa y que en

su lugar se reconduzca el contrato con mejores condiciones técnicas favorables para el mismo. En este ejemplo el acto administrativo no sería ilegal, pues lo máximo que de él se puede afirmar es que fue brusco y rígido. ¿se debe conciliar? El punto, lo repito, es álguido. Pero nada impide que se pueda proceder a la conciliación, basándose en el criterio de conveniencia pública que puede suponer el arreglo -la mejora de las condiciones técnicas del contrato en bien de los asociados-, y en el beneficio para el contratista -no quedar como multado con las consecuencias que ello genera para en futuras licitaciones-. En este aspecto no se debe temer la conciliación cuando haya actos administrativos, así sea por criterio de conveniencia, pues de lo que se trata es de estudiar a fondo dicho criterio sin permitir que el mismo tenga un objeto ilícito, como sería por ejemplo revocar por conveniencia un acto administrativo frente a una oferta ilegal del particular, o revocar ilegalmente el acto.

Sobre este principio entonces se puede concluir en el sentido de solicitar que se sobrepase la discusión doctrinaria de si procede o no la conciliación cuando hay un acto administrativo de por medio, para impedir así que la corriente doctrinaria que por ahora se ha impuesto en derecho positivo en derecho colombiano, triunfe. La discusión mas sutil y desprevénida debe centrarse no en si procede o no dicho bloque, sino en las causales para que pueda proceder.

g. La conciliación no puede snponer la muerte de la responsabilidad personal del servidor público.

Este principio significa que la conciliación no puede servir para dejar impune a nivel económico la culpa grave o el dolo de los servidores públicos que generan la conciliación misma. Es decir, que la práctica de la conciliación debe ser armonizada con la posibilidad de aplicar el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política. Se podría en efecto presentar una práctica que desde ahora ha de ser combatida, consistente en que el servidor público obre de manera ilegal, con la esperanza de arreglar a través de la conciliación el problema creado. Nada mas fácil que generar la situación creadora del débito contra el Estado, para que posteriormente la parte acreedora también satisfaga sus intereses económicos a través de esta figura, perdiéndose en una cortina de humo la responsabilidad del servidor público.



La conciliación, sea judicial o prejudicial, debe permitir que en caso de culpa grave o dolo del funcionario se repita en su contra, y aun más, debe permitir que en el mismo acto conciliatorio se pueda también conciliar respecto de su culpa grave o dolo.

h. La conciliación debe tender a ser total.

Si bien la ley 23 y las normas complementarias permiten las conciliaciones parciales, se considera que dicha figura debe tender a que la solución del litigio sea total y definitiva. Ello porque la solución parcial de los litigios no sólo permite que continúe el problema jurídico, sino que no ayuda a la descongestión de los despachos judiciales. Por demás, lo cual es importante, puede suponer contradicciones entre la cosa juzgada que produce la conciliación y la que produce la sentencia definitiva que zanjó la parte no conciliada del litigio. Es por ello que se estima que las “partes” deben buscar arreglar totalmente su conflicto, y sólo en excepcionalísimos casos que ojalá no se presentaren, hacer conciliaciones parciales. A más de los argumentos ya dados para defender el principio, se puede agregar el de que la conciliación como un todo, permite una mayor negociación que aquella en la cual se realiza por compartimentos.

Esta posición es acogida por el Auto del 11 de febrero de 1994 en el expediente n° 9090 cuyo actor fue Amparo Fontal de García, y cuyo ponente en la Sección Tercera del Consejo de Estado Colombiano fue el doctor Uribe Acosta. En el mismo se afirmó: “A manera de pedagogía jurídica y judicial la Sala recomienda a los Tribunales no aceptar conciliaciones parciales pues puede ocurrir que se llegue a un acuerdo sobre el monto de los perjuicios morales dejando para que la justicia contencioso administrativa defina sobre los materiales. Este manejo genera el grave inconveniente de que al aceptar los primeros se da por probada la falla del servicio, circunstancia que bien puede no patrocinar el ad-quem. Tampoco debe el Tribunal autorizar que se concilie sobre una parte de los perjuicios dictando auto aprobatorio del acuerdo parcial para luego reanudar la audiencia y conciliar sobre lo que quedó pendiente, dictando entonces otro auto aprobatorio como ocurrió en el caso sub-examine. La conciliación no se debe aprobar por partes, pues tiene un universo único”.

1. La conciliación supone el saneamiento jurídico de la institución pública.

La conciliación bien concebida conlleva a que las personas públicas tan sólo tengan los procesos judiciales que indefectiblemente deben tener, mas no, como ocurre en la práctica, un sinnúmero que no amerita estar en la jurisdicción. El criterio para determinar qué proceso debe o no estar en la jurisdicción, lo otorga lo reiterativo de la solución por parte de la jurisdicción y/o su claridad legal. Es decir, que si jurídicamente la entidad observa que asiste razón a su “contraparte”, y que dicha razón es avalada por el ordenamiento jurídico y por la jurisprudencia, no tiene sentido alguno provocar un proceso o insistir en él. Debe recordarse que los procesos judiciales también generan costos para las partes, de los cuales el Estado paga la mayor cantidad no sólo en el funcionamiento de la Rama Jurisdiccional, sino en el gasto que supone la atención del proceso por parte de la entidad. Mucho se ganaría si se implementara una política según la cual las entidades públicas hagan un “paréntesis judicial” con el único objetivo de estudiar su “cartera judicial”, para así provocar conciliaciones. Una tal política llevaría de nuevo un discurso de paz estatal, abarataría notablemente los costos económicos que significan los procesos, y, sobretodo, permitiría la racionalización de las funciones públicas en este área. En efecto, si las entidades disminuyeran en lo posible el número de procesos que actualmente existen, podrían colocar a sus funcionarios a realizar labores de mejor envergadura, y no colocarlos, como ocurre, ante la situación de tener que defender lo imposible. También ganaría la rama jurisdiccional que bien podría tener menor cantidad de procesos, y por tanto tener mayor posibilidad de estudio, si se sacarían al menos las llamadas “sentencias de cajón”, es decir, aquellas que de antemano se sabe cómo vendrán.

Si los principios anteriormente enunciados se aplican en el ámbito objeto de esta charla, considero que es mucho lo que ganaría la responsabilidad del Estado en Colombia. En efecto, de manera prudente se consolidaría el principio enunciado al inicio de esta sección, esto es el de la tendencia a la simplificación en la obtención de la indemnización, y se ganaría indudablemente en el discurso de paz que debe promover el Estado.

Si frente a los casos evidentes de responsabilidad del Estado que, como se ha visto al inicio son los más frecuentes, se logra conciliar el daño producido por el Estado, se ganaría notablemente en los eventos que deben lle-



gar a la jurisdicción que, como ya se ha dicho, deben ser aquellos en los cuales no existe aún la tradición jurisprudencial que permita tener una certeza razonable sobre su forma de solución.

Para estos últimos casos, y ya para terminar, se debe estudiar la posibilidad de unificar las acciones, para los eventos en los que la misma deban persistir las mismas, sin olvidar que también sobre ellas se debe predicar el postulado general de la simplificación del procedimiento.

2. Por la unificación de la acción de responsabilidad.

En el sistema contencioso administrativo colombiano, cuando se presenta un daño, la víctima dispone de tres acciones para hacer valer sus derechos. Estas son la de nulidad y restablecimiento del derecho⁴⁴, la de reparación directa⁴⁵, y la de controversias contractuales⁴⁶. Estas acciones, al decir del tratadista y Consejero de Estado Betancur Jaramillo, “no hacen sino consagrar legislativamente el derecho abstracto y público de ocurrir a la jurisdicción administrativa para obtener tutela jurídica, mediante la propuesta de una pretensión dentro de una órbita legal”⁴⁷. Con independencia de la discusión que pueda existir en el sentido de si en dichos artículos se confunde acción con pretensión, y compartiendo lo dicho por el doctor Betancur Jaramillo en el sentido de que la misma es “más bizantina que práctica”, se considera sin embargo que la trilogía de acciones que existen para buscar la reparación de un daño -en sentido genérico-, sí presenta problemas que deben ser superados.

⁴⁴ Afirma el artículo 85 del C.C.A. “Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente”.

⁴⁵ Dice el artículo 86 del C.C.A.: “Acción de reparación directa. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa de la petición sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos”.

⁴⁶ Dice el artículo 87 del C.C.A.: “De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones”.

⁴⁷ Betancur Jaramillo, Carlos. “Derecho Procesal Administrativo”, 4ª. Edición, Señal Editora, Bogotá, 1994, p. 29.

En efecto, el problema es que frente a la pretensión de reparación de un daño causado, las acciones se distinguen por la causa o fuente del mismo, mas que por la pretensión de reparación, que bien puede darse mediante el restablecimiento del derecho o mediante la indemnización. Es decir, la acción se define por la fuente del daño -acto administrativo, contrato, hecho, omisión, etc.-, y no por aquello que se pretende, que es común a todas las acciones, puesto que todas pretenden la reparación del daño en sentido genérico.

El esquema que plantea el derecho colombiano complica entonces innecesariamente la acción, puesto que tanto el actor como el juez, para efectos de proceder a desatarla, debe calificar si se está frente a un hecho, un contrato o un acto, lo cual en más de una ocasión es en sumo complejo, y lo cual en más de una ocasión genera sentencias inhibitorias que no deberían existir bajo otro esquema. La situación se torna, también en la práctica, compleja, por la diferencia que existe en la caducidad de las acciones, pues mientras la de nulidad y restablecimiento del derecho caduca en cuatro meses "contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso", la de reparación directa caduca "al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos", y la de controversias contractuales "en dos (2) años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento" (art. 136 C.C.A.).

Veamos en concreto el tipo de problemas que plantea el esquema actualmente vigente.

En primer término, cuando la víctima de un daño causado por un acto administrativo legal, que no quiere cuestionar, invoca el daño especial, la acción es de por sí dudosa frente a la normatividad existente. Se recuerda en esta situación el célebre fallo francés *Commune de Gavarnie*⁴⁸, en donde la situación era la siguiente: en dicho municipio existía una atracción turística a la cual sólo se podía acceder a pie o a caballo por dos pequeños caminos, en los cuales había una serie de locales comerciales propios al

⁴⁸ Consejo de Estado Francés, 22 de febrero de 1963, R. 113, AJDA 1963, 208, chn. Gentot y Fourré.



lugar. Frente a las disputas que tenían los peatones y jinetes que compartían la ruta, el alcalde municipal decide mediante acto administrativo que en adelante por un camino se irían los peatones y por el otro los jinetes. Pues bien, resulta que en el camino en el cual transitaban los jinetes, existía un comerciante que vendía “souvenirs” o recuerdos, de aquellos de poco precio que no ameritaban que los jinetes descendieran de sus caballos. Frente a la situación creada por el acto administrativo sus ventas disminuyeron sustancialmente, y decide instaurar demanda buscando que se le restableciera económicamente su situación. Haciendo una transposición del caso al esquema colombiano, la pregunta que salta a la vista es la que busca resolver qué acción debe instaurar el comerciante. Siendo el acto legal, proferido con apoyo en la correcta utilización de los poderes de policía, si se demanda por la vía de la acción de reparación directa, es claro que el daño no lo produce un hecho, una omisión o una operación administrativa, y si se demanda por la acción de nulidad y restablecimiento, el Consejo de Estado, en una jurisprudencia por demás criticable, considera que para el restablecimiento y/o pago del daño se debe anular el acto⁴⁹.

Frente a la confusión que se genera en nuestro esquema procesal, en mi conocimiento, la claridad la otorga una sentencia que en lo que aquí nos interesa expresa: “Pero es claro, se repite, que cuando el perjuicio nace de la ilegalidad de la decisión administrativa (acto administrativo) y su ejecución no hace sino acatarla, la acción deberá ser la de restablecimiento; cuando el daño proviene de la irregular ejecución de un acto que no se cuestiona en su legalidad, la acción será de reparación directa y deberá centrarse su cuestionamiento en los actos materiales de ejecución de la

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 4 de mayo de 1992, ponente: doctor Daniel Suarez Hernandez, actor: Angélica María Ruiz de Hernandez, expediente 6663. En esta sentencia se afirma: “En atención a lo consagrado en la norma anteriormente referida (art. 85 C.C.A.), se hacía necesario para la prosperidad de su acción, que la demandante hubiese solicitado ‘la anulación del acto administrativo’, petición que omitió y que como consecuencia, condujo a la declaración de ineptitud sustantiva de la demanda, dado que la jurisdicción administrativa no puede suplir lo que se echa de menos y le competía al actor. Sin duda resulta equivocado y confuso el accionar de la demandante, al exigir el restablecimiento del derecho sin antes pedir la nulidad del acto que generó los supuestos perjuicios alegados”. En similar sentido se puede observar la sentencia de la misma Sección y ponente, del 9 de abril de 1992, en el expediente 7317 cuyo actor fue Alfredo Quesada. También es clara la sentencia de la misma Sección con ponencia del doctor Betancur Jaramillo en el expediente 1582 cuyo actor fue Luis Eduardo Quiroga, en el cual se afirmó que “cabe recordar aquí que, como en otras hipótesis que tocan con los actos administrativos, sólo se compromete la responsabilidad del Estado cuando éstos sean ilegales”.

decisión administrativa, pero sin omitir en esa evaluación el alcance de dicha decisión, por ser, en definitiva, la que delimita los poderes de ejecución de la administración; como será de reparación directa también cuando el acto, en sí, no es ilegal pero es la fuente del perjuicio por implicar rompimiento del principio de la igualdad ante las cargas públicas⁵⁰. Esta sentencia, que tiene la virtud de la explicación académica, no se puede sin embargo tener como reiterada ni como resolutive de un caso concreto, por lo cual es permitido afirmar que el problema planteado sigue vigente. Se le abona a la sentencia el deseo de solucionar en la práctica la situación injusta a la que se vería abocada la víctima del daño.

En segundo término, cuando el daño tiene como fuente una categoría jurídica que no puede entrar en ninguna de aquellas que se definen en los artículos en comento, tampoco existiría formalmente acción, a pesar de que la petición sea clara. Es el caso por ejemplo del reciente proceso que se originó por un acto del constituyente que decidió cerrar el Congreso de la República y convocar a nuevas elecciones, situación frente a la cual varios congresistas -la mayoría no reelegidos- impetraron demanda pidiendo la declaratoria de responsabilidad del Estado y la consecuente indemnización de perjuicios. Es apenas obvio que un tal acto no entra ni en la categoría de contrato, ni en la de acto administrativo, ni en la de hecho, omisión u operación administrativos. Sin embargo el Consejo de Estado, quizás por no enredar procesalmente el proceso, prefirió guardar silencio sobre el punto, y pronunciarse sobre el fondo del asunto para concluir que en tal evento no puede haber responsabilidad del Estado, sin que el aspecto de la acción hubiere sido siquiera mencionado⁵¹. A pesar de que se presentó sentencia inhibitoria, no fue por el aspecto procesal, sino por considerarse que en tal evento no podía cuestionarse al constituyente en su responsabilidad.

En tercer término, la definición que la doctrina y la jurisprudencia dan sobre los conceptos jurídicos que definen las acciones, son en extremo complejas, lo cual genera una inestabilidad que va en contra del derecho sustancial privilegiando el procesal. Así por ejemplo, en las hipótesis en

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, 17 de agosto de 1995, ponente: doctor Carlos Betancur Jaramillo, actor: Sociedad Durán Muñoz y Cía. Ltda., expediente 7095, tomo 285 de los copiadores de la Sección Tercera, fl. 165.

⁵¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 13 de diciembre de 1995, ponente: doctor Diego Younes Moreno, actor: Feisal Mustafá Barbosa, expediente S-470.



las cuales se presente enriquecimiento sin justa causa, a pesar de que exista un contrato entre el demandante y el demandado, se ha estimado que la acción procedente no es la contractual sino la de reparación directa⁵². Es por ello que en los eventos en los cuales “si bien es cierto que desde el punto de vista teórico, resulta sencillo deslindar la impugnación del acto administrativo de caducidad, como se hace en la demanda”, para efectos de pensar en una acción de nulidad y restablecimiento, “desde el punto de vista práctico, resulta poco menos que imposible, resolver los aspectos que se dejan planteados, sin remitirse al núcleo de la relación contractual”, razón por la cual se dicta sentencia inhibitoria frente a unos actos administrativos que pedían la nulidad de una resoluciones mediante las cuales se declaró la caducidad administrativa para buscar la terminación de un contrato de arrendamiento ya terminado, y que se entregaran nuevamente la tenencia de las islas al demandante⁵³. Pero si el problema se plantea en la distinción entre acción contractual y nulidad y restablecimiento del derecho y reparación directa, que se acaba de anotar, también se presenta cuando la discusión se centra en torno de saber si se está en presencia de un acto administrativo, o por el contrario, si se está en presencia de una vía de hecho, ya que para la primera hipótesis la acción es la de nulidad y restablecimiento mientras que para la segunda es la de reparación directa. Es sabido que la distinción entre los dos conceptos no es fácil a establecer, y ello lleva a confusión a los litigantes -que representan los intereses de unas víctimas que reclaman justicia-, como le pudo haber ocurrido a aquel que demandó en acción de reparación directa por considerar que había una vía de hecho por falta de notificación de un acto administrativo, que por haber sido notificado por conducta concluyente, se tenía como tal, y se debió demandar mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho⁵⁴.

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de junio de 1996, ponente: Carrillo Ballesteros, expediente n° 11663, actor: Carlos Augusto Betancur Botero y otro, tomo 311 de los copiadores, fl. 48: “Como se observa, en el presente caso no se está cuestionando la relación jurídica originada en el contrato inicialmente suscrito entre el ingeniero Carlos Augusto Betancur y la entidad demandada, sino la relación jurídica originada en el enriquecimiento sin causa por obras adicionales que el demandante afirma haber construido para la administración. Así las cosas, la acción de reparación directa -in rem verso- es la vía procesal idónea para demandar la reparación de los perjuicios por presunto enriquecimiento injusto de la administración como lo ha definido copiosa jurisprudencia de esta Corporación”.

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 23 de febrero de 1996, ponente: doctor Jesús María Carrillo Ballesteros, actor: Aquileo Barrera Macías, expediente n° 8428, tomo 301 de los copiadores de la Sección Tercera, fls. 215 y ss.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, 19 de diciembre de 1995, ponente: doctor Juan de Dios Montes Hernández, actor: Jorge Luis Martínez Palacio, expediente n° 10097.

En cuarto término, el esquema actual de distinción de acciones plantea problemas puesto que existen eventos en los cuales existen daños producidos tanto por un acto administrativo como por hechos u operaciones administrativos. Así las cosas, en estos eventos el juez se declara inhibido parcialmente para fallar, y sólo toma en cuenta las pretensiones que pueden prosperar bajo la acción propuesta por el demandante⁵⁵. No tiene pues lógica alguna que para tales eventos exista una tal solución, que sólo se justifica por la desafortunada concepción que ha tenido el legislador en la materia.

Creo entonces que con la ilustración de los problemas que se plantean en el actual esquema procesal de la responsabilidad, bien valdría la pena abandonarlo, para que se unificaran las acciones de responsabilidad. Ya la jurisprudencia ha hecho la misma crítica, a pesar de que como se ha visto, se encuentra aprisionada por la norma. Vale la pena traer a colación lo afirmado en este aspecto por una interesante sentencia del 10 de octubre de 1994: “Estas diferencias radicales entre los dos tipos de responsabilidad, que en la práctica han generado soluciones injustas colocando a quien ha sufrido un perjuicio en la difícil situación de determinar la fuente de responsabilidad a la cual debe acudir, en situaciones en las que no está claramente determinado si existe o no el vínculo contractual o si éste es o no perfecto, son las que han llevado a la doctrina moderna a cuestionar la validez y la utilidad de la clásica distinción entre los dos tipos de responsabilidad y a proponer el establecimiento de regímenes autónomos aplicables a eventos que por sus circunstancias específicas no pueden encajar en ninguno de los dos regímenes. Igualmente, ellas explican que códigos civiles recientes, como los de Checoslovaquia, Polonia y Senegal hayan unificado el régimen aplicable a la responsabilidad, sea que ella nazca de un contrato o de un delito y justifican normar como la del artículo 99 del código federal de obligaciones suizo, que dispone que ‘las reglas sobre responsabilidad derivadas de actos ilícitos se aplican por analogía a los efectos de la falta contractual’”⁵⁶.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, 27 de noviembre de 1995, ponente: doctor Daniel Suarez Hernandez, actor: Carlos Saul Pinzón, expediente n° 10228; ver también de la misma Sección, la sentencia del 27 de marzo de 1992 con presencia del doctor Betancur Jaramillo en el expediente 2858, cuyo actor fue el municipio de Tolú-Viejo.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, 10 de octubre de 1994, ponente: doctor Carlos Betancur Jaramillo, actor: Marcos A. Benavides, expediente n° 8333.



Se debe entonces llegar a la solución ya citada por esta sentencia, y que en efecto tiene gran acogida en el derecho comparado: una acción de nulidad simple y una acción de responsabilidad, con independencia de la fuente del daño y de la forma de indemnizarlo. La petición común a todas las hipótesis sería entonces la declaratoria de responsabilidad, y el consiguiente restablecimiento del derecho y/o la indemnización del perjuicio, siendo diferente sólo la causa de la misma, que dependería de la legalidad o ilegalidad de los actos, hechos, operaciones, omisiones, etc., sin que necesariamente el juez estuviera ligado a lo afirmado por el demandante, ya que dispondría en todo su esplendor de la aplicación del principio *iura novit curia*, con el sólo límite de no violar el derecho de defensa ni permitir durante el proceso el cambio de causa. Fue lo que ocurrió en el citado caso francés *Commune de Gavarnie* en el cual, a pesar de que el demandante consideraba que el acto administrativo que le había causado el daño era ilegal, el Consejo de Estado no lo estimó así, sin que ello impidiera que se otorgara la indemnización.

Termino así, Señoras y Señores, mi presente intervención, aspirando a que con ella haya logrado aportar un grano de arena a las reflexiones que en torno del tema de la responsabilidad del Estado caben en el mundo de la academia.

**LA RESPONSABILIDAD
EXTRA CONTRACTUAL
DEL ESTADO EN VENEZUELA**



**LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL
DEL ESTADO EN VENEZUELA**

Respuesta al Profesor Juan Carlos Henao Pérez

**Por: Gabriel Ruan Santos
Profesor de la Universidad
Católica Andrés Bello**

Con gran atención y sumo placer he leído la excelente ponencia del Profesor Juan Carlos Henao presentada a estas II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer Carías", intitulada "Reflexiones sobre el futuro de la Responsabilidad Extracontractual del Estado (Análisis a partir del tema en el Derecho Colombiano)". La lectura y análisis de esta ponencia ha propiciado mi reflexión sobre el tema en Venezuela y me brinda la oportunidad de expresar a estas Jornadas los criterios jurídicos que han madurado en mi mente acerca del complejo escenario de la materia en el Derecho Positivo Venezolano.

Deseo abordar el enfoque de la responsabilidad extracontractual del Estado con atención de las pautas de interés que han matizado el contenido de la ponencia del Profesor Henao. En especial tengo interés por la "visión de la sociología jurídica" en la materia, por la influencia de las especies de justicia frente a las concepciones de la responsabilidad de los entes públicos, por la actitud del Poder frente al vínculo de la responsabilidad, por la evolución jurisprudencial, sin que ello conduzca a un abandono de las exigencias metodológicas de la ciencia jurídica acerca del tema y del análisis del estado actual del régimen de la responsabilidad extracontractual del Estado en Venezuela, reflejado precisamente en la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

Habida consideración de la similitud que como naciones tienen Colombia y Venezuela, he buscado con interés el enfoque comparativo del régimen de la responsabilidad administrativa extracontractual en ambos países, hasta el punto de dar la apariencia de un diálogo con el Profesor Henao en ciertos momentos de la exposición.

Espero así haber cumplido con el delicado encargo que me ha confiado la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo de hacer comentarios a la ponencia de tan ilustre invitado del exterior y presentar un balance crítico del tema en Venezuela.

I LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COMO HECHO POLÍTICO

1.- El tema de la responsabilidad extracontractual del Estado siempre ha estado condicionado por la realidad del Poder Público. La posibilidad de que el Estado asuma la obligación de resarcir los daños ocasionados por la actividad de sus agentes siempre ha estado supeditada a la realidad de las relaciones entre el Derecho y el Poder, en tanto que el primero representa la principal limitación para el ejercicio del segundo.

Hasta bien avanzado el Siglo XIX podría afirmarse que imperó en el mundo occidental el principio de la irresponsabilidad del Estado, como una derivación de la soberanía. Así, en Inglaterra se decía que "el Rey no puede cometer ilícito" ("the King can do not wrong") mientras que en Francia se proclamaba que "lo propio de la soberanía es el imponerse a todos sin compensación" ("le prope de la souveraineté c'est de s'imposer a` tous sans compensation"), dogmas estos que revelan crudamente el rechazo del Poder Político a las limitaciones del Derecho, entre las cuales destaca el carácter responsable del ejercicio del Poder Público.

El antiguo dogma de la irresponsabilidad del Estado, íntimamente ligado a la supremacía del Poder Público, ha sido felizmente superado, pero la propia naturaleza del Poder al que el Estado de Derecho ha hecho responsable por los daños causados por la acción u omisión de sus agentes, ha hecho que el régimen jurídico de la responsabilidad de los entes públicos no sea idéntico al de todos los sujetos del Ordenamiento Jurídico, precisamente por la función del Estado en la Sociedad y por la especificidad que caracteriza a la organización del Poder Público.

En esa línea histórica aparece en Francia, y se extiende a todos los países que han experimentado su irresistible influencia, la concepción autónoma y especial de la institución de la responsabilidad del Poder Público, entendida originalmente como restringida a la Administración Pública y



más tarde extendida a la actividad del Legislador y del Juez. Nace esta concepción como una creación jurídica del Consejo de Estado Francés, pero ello encarna un hecho político consistente en la resistencia del Poder a someterse a los principios universales del Derecho Privado, para así poder conservar la posibilidad de seleccionar los daños que debían ser resarcidos por la Administración Pública, aunque sus agentes los hubieran causado con su actividad. Con esta concepción, el Estado se reservaba la facultad de ir generando paulatinamente un régimen de responsabilidad patrimonial de acuerdo con el interés del Estado y con la apreciación del mismo que tuvieran los jueces especializados en el examen de la legalidad de sus actos. Al mismo tiempo se colocaba un muro de contención a la avalancha de demandas que hubiera podido sobrevenir en contra de la Administración Pública, si esta última se hubiera sometido al régimen jurídico de la responsabilidad civil del Derecho Privado, que experimentaba un enorme avance con la ideología socialista subyacente en la concepción de la responsabilidad objetiva del propietario y del patrono. En palabras simples, podría afirmarse que el Estado se aseguraba el manejo del grifo de las indemnizaciones a pagar por los hechos dañosos de sus agentes, al margen de reglas universales y constantes.

Según han señalado los autores, la concepción autónoma de la responsabilidad de la Administración se originó en la famosa sentencia del Tribunal de Conflictos de Francia, de fecha 08 de Febrero de 1873, conocida en todo el mundo como el "Arret Blanco"; la cual tuvo antecedente en el "Arret Rotschild" del Consejo de Estado Francés del año 1855; y fué desarrollada en el "Arret Pelletier" del mismo Consejo en el mismo año 1873.¹

El caso resuelto por el Arret Blanco se refería a la demanda de daños y perjuicios interpuesta por el padre de una niña atropellada por un vehículo de la Manufactura de Tabacos (empresa del Estado), por considerar civilmente responsable al Estado de las faltas de los obreros de la Manufactura mencionada.

En ese precedente judicial, considerado por muchos como la "piedra angular del Derecho Administrativo Francés", se estableció que la responsa-

1. Ver: "Les grands arrêts de la jurisprudence administrative", por Long, Weil et Braibant, p. 5. "La Responsabilidad Administrativa Extracontractual" por Henrique Iribarren Monteverde, consultada en original, p. 5. También en Revista de la U.C.A.B. Nº 44, 1991

bilidad del Estado por los daños causados por las personas que emplee en el servicio público, "no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular"; que "esa responsabilidad no es ni general ni absoluta" y que ella tiene "sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados".

Si bien es cierto que ese magno precedente reconocía la responsabilidad de la Administración Pública como principio jurídico, con lo cual sepultaba la irresponsabilidad del Estado entendida como principio, no es menos cierto que establecía un régimen restringido y exclusivo para hacer surgir la responsabilidad del Estado, donde predominaba la voluntad de la autoridad judicial administrativa, órgano perteneciente al Poder Ejecutivo en Francia, para apreciar casuísticamente dicha responsabilidad y adaptarla a las necesidades del servicio público. Quedaba así asegurada la facultad del Poder Público para graduar la apertura de la "puerta que se abría" y someter el derecho de indemnización del ciudadano, a quien la decisión simplemente llamaba particular, al interés de la organización estatal.

A mi juicio, esa concepción autónoma no sólo implicaría desde aquel momento un reconocimiento a la especificidad de la organización estatal, sino que llevaría consigo una actitud política de la jurisdicción especializada para conocer las controversias de la Administración Pública, impregnada de desconfianza al Derecho Civil por los riesgos que su aplicación podría acarrear al patrimonio de los entes públicos.

A pesar del propósito inicial de la concepción autónoma comentada, con posterioridad y a lo largo del Siglo XX, la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés construyó un verdadero sistema de responsabilidad administrativa, que ha dado genuinos aportes a la teoría general del Derecho. Después de superar la suma división tradicional entre actos de autoridad y actos de gestión de la Administración Pública, dicho sistema se ha desarrollado en dos grandes vertientes: la responsabilidad por falta y la responsabilidad sin falta. En la primera, destaca el concepto de falta de servicio (suerte de colectivización del concepto de culpa) por oposición a la falta personal, con predominio de la falta de servicio en sus modalidades de falta probada y de falta presunta. En la segunda, fundamentada en el



principio fiseal de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, con prescindencia de culpa y sobre la base de la especialidad y anormalidad del daño sufrido por la víctima. ²

De manera que el origen defensivo de la Administración en la concepción autonomística no ha impedido el desarrollo de todo un régimen jurídico de responsabilidad administrativa, que ha servido de garantía efectiva a la libertad de los ciudadanos. Tal vez debamos ver en ello una muestra más del carácter dialéctico de la historia.

2. En Venezuela, el hito principal del pasado de la responsabilidad extracontractual del Estado lo podemos encontrar en la importante sentencia dictada por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en fecha 05 de Febrero de 1964, con ponencia del Magistrado Presidente José Gabriel Sarmiento Núñez. En ese fallo, la Corte se pronunció sobre la demanda contra la República de Venezuela introducida por un ciudadano que fué víctima de daños producidos por las torturas físicas que le practicaron los agentes de la Seguridad Nacional durante el periodo de la dictadura que terminó en el año 1958.

En ese importante precedente, la Corte no sólo reseñaba la doctrina sobre la materia imperante durante los años anteriores a la sentencia, sino que marcó la evolución de la doctrina para los veinte años que siguieron al pronunciamiento. He aquí la trascendencia de ese acto judicial y el motivo por el cual debemos prestarle especial atención.

Podemos resumir los principios señalados en esa sentencia del modo siguiente:

- a) Por ser la norma aplicable "ratione temporis", la sentencia da aplicación a la restricción de la responsabilidad del Estado contenida en la Constitución de 1953, según la cual ni los venezolanos ni los extranjeros tenían derecho en ningún caso a que la Nación, los Estados o las Municipalidades les indemnizaran daños, perjuicios o expropiaciones, que no hubieran sido ejecutados por autoridades

2. Ver al respecto la docta y exhaustiva exposición contenida en la obra del autor venezolano Luis Ortíz Álvarez, intitulada "La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública", Caracas 1995.

competentes en ejercicio de sus atribuciones. En el caso decidido, la Corte consideró que los agentes torturadores habían actuado fuera del límite de su competencia y habían cometido una falta personal intencional sólo a ellos imputable, razones por las cuales excluyó radicalmente la responsabilidad de la República. La Corte no da aplicación directa a la norma de garantía contenida en el Artículo 47 de la Constitución de 1961, vigente para el momento de la decisión.

No obstante que el argumento mencionado hubiera bastado para fundamentar el fallo y evitar otras consideraciones sobre el tema, la Corte sienta doctrina para ser aplicada en el nuevo orden constitucional, lo cual otorga valor histórico al precedente.

b) La sentencia admite la responsabilidad general del Estado para con el individuo, pero señala con énfasis que hay "diferencias esenciales entre esa responsabilidad y la que rige en el campo del Derecho Privado". La sentencia invoca la suma división tradicional entre los actos de autoridad (*jure imperii*) y los actos de gestión (*jure gestionis*) en la actividad pública. A lo cual agrega que en materia de actos de gestión la responsabilidad del Estado se rige por el Derecho Privado, con las prerrogativas y excepciones establecidas en la Ley; mientras que en la materia de los "actos de imperio", el alcance de su responsabilidad debe ser establecido con base "en principios radicalmente diferentes"... "dentro de los límites y bajo las condiciones que la Ley consagra". He aquí la afirmación judicial de la concepción autonomística de la responsabilidad de la Administración Pública, en su forma primigenia y con la carga política implícita en esa concepción.

c) La sentencia asume plenamente las consecuencias derivables de la distinción doctrinal entre falta de la Administración y falta personal del funcionario, para dar carácter excluyente a esta última con respecto a la primera. En tal sentido, asume como falta personal excluyente no sólo la que se origina en hechos al margen del ejercicio de la función pública, sino a "las faltas aparentemente en ejercicio de la función pública, pero que intelectualmente pueden ser separadas de la misma, por tratarse de faltas intencionales o de



faltas graves". Recoge así el fallo el criterio principal sentado por el Arret Pelletier del Consejo de Estado Francés de 1873. Empero, la Corte admite las consecuencias injustas a que conduce la aplicación de ese criterio, a pesar de ello lo justifica "dentro de nuestra realidad histórica" y además por ser congruente con la norma restrictiva de la Constitución de 1953, antes mencionada, y con las limitaciones de la responsabilidad del mandante en el Derecho Privado.

d) La sentencia manifiesta que la Corte no desconoce las tendencias doctrinarias más favorables al ciudadano en el Derecho Comparado; clara alusión a los Derechos Francés, Español y Alemán en sus modernos desarrollos. Se refiere con preocupación a la doctrina "que pretende hacer responsable al Estado, frente a los individuos, por todas las consecuencias dañosas de los actos de Gobierno". A lo anterior opone un criterio pragmático que revela la visión política del Supremo Tribunal, cuando señala que "la teoría sostenida por el actor en este juicio, según la cual el Estado debe responder por todos los daños y perjuicios que a los particulares pueden ocasionar quienes ejercen funciones públicas, aún cuando actúan fuera de los límites de sus atribuciones legales, ampliaría hasta el infinito el ámbito de la responsabilidad del Estado, comprometiendo gravemente su estabilidad económica". Este criterio que podríamos llamar de "garantía patrimonial de los entes públicos" es ciertamente opuesto al formulado por el Derecho Español de "garantía patrimonial" del ciudadano frente al Estado.

La visión de la Corte en 1964, coincide con la preocupación que inquieta en la actualidad al Estado Colombiano, según informa el Profesor Juan Carlos Henao en su ponencia "Reflexiones sobre el futuro de la responsabilidad extracontractual del Estado (análisis a partir del tema en el Derecho Colombiano)" presentada a estas II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías", celebradas en el mes de Noviembre de 1996, en Caracas ³. Señala el profesor Henao que "en Colombia el fenómeno de la responsabilidad del Estado tiene actualmente

3. Publicación de ponencias de II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías "Reflexiones sobre el futuro de la responsabilidad extracontractual del Estado", ponencia del Profesor Juan Carlos Henao Pérez, Caracas, 1996, pp. 411 y 412.

inquietos a los que manejan el presupuesto. Y no es para menos: en los últimos años el rubro presupuestal dedicado al pago de sentencias y conciliaciones provenientes de la responsabilidad del Estado se ha disparado significativamente". Hasta el punto, según señala Henao, que para 1996 se llegará a una cifra en pesos equivalente a US \$ 283 millones, la cual se acerca al 1% del presupuesto nacional colombiano, que no incluye los egresos por ese concepto de los departamentos y municipios.

Esta preocupación llama poderosamente la atención porque Colombia, nación hermana de Venezuela, es hoy en día uno de los países en que se ha desarrollado en mayor medida y por la vía jurisprudencial el tema y el régimen de la responsabilidad del Estado frente al ciudadano. Y las palabras de Henao son muy claras: "como se deduce, se está en Colombia frente a una bola de nieve que no dejará de crecer, frente a un cáncer en el presupuesto con un gran poder destructivo".

Lo anterior permite apreciar la visión de futuro y el sentido práctico revelados en la sentencia comentada de la Corte Suprema de Justicia Venezolana, dictada en 1964. A pesar de las críticas que suscita la posición doctrinal en ella explanada. Una vez más sorprende el carácter dialéctico de la historia, con su confrontación de antagonismos generadora de nuevas realidades.

3.- En armonía con la resistencia implícita en la concepción autonomística de la responsabilidad del Estado, al menos en su formulación inicial, a que se ha hecho repetida referencia, también la interpretación restrictiva de las normas del Derecho Privado, en los casos de responsabilidad civil del Estado, ha coadyuvado en el mismo propósito, aunque para ello no se invoquen los principios del Derecho Administrativo.

Ya se hizo mención en este trabajo del uso de las limitaciones jurídicas a la responsabilidad del mandante por los hechos del mandatario excedentes de los límites del mandato, por parte de la Corte en su sentencia comentada del 05 de Febrero de 1964.

Sin embargo, por su carácter reciente, considero importante señalar el ejemplo de la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, dictada en fecha 30 de Noviembre de 1994, sobre demanda por responsabilidad civil del ciudadano Ramón Gallardo al Insti-



tuto Nacional de Obras Sanitarias (INOS), con voto salvado de la Magistrada Cecilia Sosa Gómez.

En el caso decidido por ese fallo, se trataba de la indemnización de los daños causados por la ruptura de un tanque de agua propiedad del INOS, que descargó un gran volumen de agua sobre los inmuebles vecinos y en particular causó destrozos muy severos a la vivienda del demandante.

La Corte declara como "hecho notorio" el acaecimiento del siniestro. Considera que el hecho encuadra en la hipótesis de responsabilidad civil especial prevista en el Artículo 1193 del Código Civil, por la presunción de falta en la guarda de la cosa. Sin embargo, niega el resarcimiento del daño material reclamado por considerar que el demandante no probó dicho daño, según lo exigido en el Artículo 506 del Código de Procedimiento Civil. Concede sólo la indemnización del daño moral sufrido, basándose para ello en "máximas de experiencia".

Cabe advertir que el demandante promovió y evacuó abundantes medios de prueba que fueron desestimados casi en su totalidad por la Corte, mediante aplicación de rigurosos tecnicismos procesales; a pesar de la evidencia que brindaban los hechos analizados en el fallo, matizados por la notoriedad.

Con ayuda del voto salvado consignado junto con la sentencia, podemos conocer que el demandante no pudo probar cabalmente el monto de los daños, no su existencia. A ello la Magistrada disidente objetó que no era carga de la parte actora probar el monto de los daños sufridos y que ello podía ser materia de una experticia complementaria del fallo, a partir de los hechos probados en el expediente, según lo establecido en el mismo Código de Procedimiento Civil y admitido por la doctrina y la jurisprudencia procesales.

Este precedente judicial revela que también la interpretación restrictiva de las normas procesales civiles en favor del Estado puede servir de instrumento a la posición resistente al desarrollo de la responsabilidad de los entes públicos.

En vista de que el demandante exigió en el libelo la corrección monetaria, es dable suponer por otro lado que ello inhibió al Supremo Tribunal de

conceder la indemnización del daño material sufrido; lo cual nos conduciría a un severo problema de todo el Ordenamiento Jurídico en la actualidad, no sólo de la responsabilidad de los entes públicos.

4.- La posición de resistencia del Estado al desarrollo del régimen jurídico de su responsabilidad frente al ciudadano, reflejada en la doctrina y en la jurisprudencia especializadas, ha tenido como coadyuvante histórico en Venezuela el escaso interés de los ciudadanos por demandar la responsabilidad patrimonial de los entes públicos.

Este desinterés podría ser asociado al “paternalismo” que ha caracterizado en nuestro país las relaciones entre el Estado y el ciudadano, al punto que este último ha recibido en el pasado del primero la casi totalidad de la satisfacción de sus necesidades sin que ello haya implicado la exigencia de una retribución. Como es lógico pensar, este “paternalismo” ha engendrado la correlativa sumisión del ciudadano, quien satisfecho en sus necesidades básicas ha renunciado al ejercicio del derecho de reclamar por la vía judicial indemnización para los daños sufridos por la acción de los agentes públicos.

Por supuesto que este “paternalismo” se ha apoyado en la excesiva capacidad financiera del Estado derivada de la renta pública petrolera, que le ha permitido no sólo concentrar el poder a través del empleo monopólico de los recursos económicos, sino también distribuir con evidente dilapidación los ingresos públicos entre los diversos sectores de la población, sin atender al esfuerzo productivo y al trabajo personal como fuente de legitimación de la riqueza.

En ese contexto social, caracterizado por el comportamiento rentista tanto del Estado como de los ciudadanos, la relación clientelar o de protección sustituyó a la relación de derecho, hasta el extremo de llevar a la pasividad toda iniciativa de reclamo al Estado por las vías jurídicas. Con lo cual quedaba cerrado el círculo de la concepción política de la responsabilidad de los entes públicos. De este modo la redistribución de riquezas absorbió la noción de responsabilidad e impuso un patrón de predominio total de la justicia distributiva sobre la justicia conmutativa en las relaciones Estado-Ciudadano.



II JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y JUSTICIA CONMUTATIVA EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1.- En relación con la evolución de la jurisprudencia en Colombia, el Profesor Henao alerta que "el papel de la responsabilidad no es de redistribución de riquezas sociales, sino indemnizatorio... Este carácter resarcitorio de la responsabilidad muestra pues uno de sus rasgos esenciales: su lógica no es la de redistribuir dineros entre los asociados, sino la de reparar daños causados".⁴

La reflexión expuesta en el Capítulo I de este trabajo y la afirmación antes citada del Profesor Henao, sugieren entonces la conveniencia de analizar la presencia de los diversos enfoques de la justicia, como valor específico y supremo del Derecho, en la evolución de la responsabilidad del Estado.

Sin ánimo de profundizar en la esencia de la justicia, como virtud o como valor social y jurídico, se hace útil precisar ahora las nociones de las formas de la justicia y establecer su relación con los aspectos conceptuales de la responsabilidad del Estado, porque ello nos podría facilitar la comprensión del fenómeno desde su vertiente filosófica.

Precisa el autor belga Jean Dabin sobre las especies de la Justicia, lo siguiente:

"Cuando los sujetos enfrentados son personas independientes una de la otra la justicia que las relaciona se dice conmutativa. Cuando los sujetos son una colectividad y sus miembros, especialmente el Estado y los ciudadanos, la justicia se dice distributiva en lo que es debido por la colectividad a sus miembros, y legal en lo que los miembros deben a la colectividad.

A diferencia de la justicia legal, que tiene por término inmediato la colectividad, la justicia conmutativa y la distributiva, que tienen por términos inmediatos a los particulares, se denominan particulares; pero la justicia distributiva, aunque particular, no deja de ser por eso de tipo colectivo y societario, como lo es la legal, puesto que está en la base de la colectividad organizada, mientras que de suyo la justicia conmutativa pertenece al tipo individual o interindividual".⁵

4. Ver: Fonencia citada supra, p. 435.

5. Ver: "Teoría General del Derecho", por Jean Dabin; Traducción española de la Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 349.

Si se parte de la idea clave de que la justicia es el equilibrio que debe existir entre los intereses en conflicto para asegurar el orden y el progreso de la sociedad humana, se encuentra que este equilibrio funciona en diversos planos de las relaciones sociales.

En primer lugar, se encuentra el plano de las relaciones entre individuos o entre personas caracterizadas por la necesidad de proporción entre lo que se da y lo que se recibe, por la reciprocidad de los bienes que se intercambian, por la atribución a cada uno de los intereses confrontados de aquello que le corresponde, por la igualdad de cosa a cosa en el intercambio, por el sentido de conmutatividad entre esas cosas, etc. Este es el plano de las relaciones entre particulares regido por la llamada justicia conmutativa, que se basa en el equilibrio patrimonial y que es el ámbito propio del Derecho Privado.

Por lo que respecta al Estado, este plano de sus relaciones con los particulares está también regido primordialmente por la justicia conmutativa y por consiguiente por el Derecho Privado, en tanto que los entes públicos actúan como sujetos simétricos del Ordenamiento Jurídico y en pie de igualdad con los ciudadanos. Este plano ha sido identificado por la doctrina con los llamados "actos de gestión" del Poder Público, sometidos principalmente al Derecho Privado.

En segundo lugar, se encuentra el plano de las relaciones de la Sociedad con el individuo y del Estado como representante de esa Sociedad con el ciudadano. En este plano se define lo que la Sociedad y los individuos se deben, en tanto que la primera es la colectividad y los segundos son los integrantes de esa colectividad. Este es el ámbito de la justicia distributiva (en el cual incluyo a la justicia legal) que persigue la justa distribución de los bienes y de las cargas de la Sociedad entre los individuos. En este plano el Estado, como representante de la Sociedad, se presenta como sujeto único y asimétrico del Ordenamiento Jurídico (sin que ello excluya la pluralidad de los entes públicos) y actúa a través de los llamados "actos de imperio" o actos de autoridad regidos por el Derecho Público.

Pues bien, la institución de la responsabilidad patrimonial se inserta dentro de las relaciones regidas por la justicia conmutativa, por ser un régimen jurídico destinado a restablecer el equilibrio alterado por los daños



causados por los agentes públicos en el patrimonio de los individuos. Es así como hay que entender la afirmación del Profesor Henao cuando nos dice que la lógica de la responsabilidad del Estado “no es redistribuir dineros entre los asociados, sino reparar daños causados”, porque se encuentra en el plano de la relación interpersonal entre el Estado y el ciudadano y plantea una relación de “cosa a cosa”, daño e indemnización.

Mientras que el instituto de la expropiación por causa de utilidad pública o social se inserta dentro de las relaciones regidas por la justicia distributiva, es decir, el de la justa distribución de los bienes y las cargas de la Sociedad entre los individuos. En esta hipótesis, el ciudadano expropiado en su patrimonio para satisfacer a una necesidad colectiva debe ser compensado por virtud de esa justa distribución o de la solidaridad social, como han sostenido otros, porque no sería justo que sólo él soportara el daño ocasionado por el ejercicio de una potestad pública legitimada por el Ordenamiento Jurídico. Con posterioridad, el mencionado instituto dió lugar a la doctrina alemana de la “indemnización de Derecho Público” destinada a explicar el derecho de los ciudadanos a ser compensados patrimonialmente por los daños derivados de las intervenciones públicas conforme a Derecho, con fundamento en la idea del sacrificio especial no exigible a la generalidad de los ciudadanos y con abstracción de la noción de responsabilidad en su acepción tradicional.⁶

6. Explican los autores españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: “junto a la cobertura del daño ilícito, al que se reserva expresamente el concepto y la expresión misma de la responsabilidad patrimonial del Estado —en Alemania— se sitúa lo que la doctrina alemana, y por su influjo, una parte de la italiana (Alessi) y española (Garrido) conoce con el nombre de la indemnización de Derecho Público (*öffentlichrechtliche Entschädigung*) procedente por “intervenciones conforme a Derecho”, intervenciones que a partir de Weimar, comienzan a calificarse formalmente como expropiaciones en un proceso que impulsa la doctrina y acoge la jurisprudencia de los Tribunales de ruptura del molde clásico de la expropiación, ligado inicialmente a la idea de traspaso forzoso de derechos y de progresiva evolución expansiva del instituto expropiatorio, que ha estudiado entre nosotros Nieto, y que encuentra su hilo conductor en la idea de sacrificio especial no exigible a la generalidad de los ciudadanos...”. A lo anterior agregan García Enterría y Fernández: “El proceso lleva pues —en Alemania— a partir del instituto resarcitorio a tres especies institucionales distintas: responsabilidad propiamente dicha, ligada a una actuación ilícita productora del daño; indemnización de Derecho Público, que cubre los daños causados lícitamente y finalmente, una especie de cajón de sastre final, que comprende la doctrina del riesgo y la de las intervenciones antijurídicas sin culpa”. Ver: Curso de Derecho Administrativo, por Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Madrid, 1993, Volumen II, pp. 360 y 361. El conocido autor alemán Ernst Forsthoff señala que la doctrina de la indemnización de Derecho Público se abre camino con la norma del Parágrafo 75 del Estatuto Constitucional de Prusia, según el cual “el Estado queda obligado a indemnizar a aquellos cuyos derechos particulares y ventajas se ha visto precisado a sacrificar al bien de la comunidad”. Para

Es precisamente la justicia conmutativa y no la distributiva la que ha estado casi ausente en la relación surgida en Venezuela entre el Estado y los ciudadanos, con ocasión de los daños causados a estos últimos por los agentes públicos. El Estado no se ha comportado como un deudor frente al ciudadano dañado en su patrimonio, ni este último se ha comportado como un acreedor que reclama jurídicamente al Estado su derecho a indemnización, porque ha predominado entre ambos una actitud paternalista que siempre dió prioridad a la justicia distributiva sobre la justicia conmutativa en todas las relaciones entre el Estado y el ciudadano, incluida la surgida en el ámbito de la responsabilidad patrimonial. En tal sentido, la redistribución de riquezas derivadas de la renta pública petrolera, como expresión de la justicia distributiva, parece haber dejado sin lugar la actuación de la responsabilidad patrimonial del Estado, como expresión de la justicia conmutativa.

Ante la declinación de la capacidad financiera del Erario Nacional, toca ahora al Derecho Administrativo en Venezuela dar paso a la justicia conmutativa en la relación Estado-Ciudadano, y en particular en el ámbito de la responsabilidad administrativa, a fin de que el Estado asuma plenamente su rol de deudor frente al ciudadano, sobre todo cuando alguno de sus agentes lesiona al patrimonio del individuo. Aunque el papel redistribuidor del Estado no ha desaparecido, es necesario abandonar el rol de padre no responsable que ha mantenido en sus relaciones con los ciudadanos.

2.- En Colombia, se podría observar que el Derecho Administrativo de ese país ha seguido un camino inverso al seguido por la realidad jurídica venezolana en materia de responsabilidad administrativa. Habida consideración que el Estado en Colombia no ha tenido la capacidad financiera excesiva que ha tenido el Estado en Venezuela, la jurisprudencia colom-

el estudio de la materia se recomienda la obra Tratado de Derecho Administrativo de Ernst Forsthoff, Madrid, año 1958, pp. 426 y siguientes. Es de destacar que el autor italiano Renato Alessi ha expresado en relación con el fundamento de la indemnización de los daños por hecho lícito lo siguiente: "El fundamento ético y teórico de la indemnización ha sido precisamente buscado por la mayoría en un principio de justicia distributiva por el cual la carga necesaria para la producción de una utilidad colectiva debe ser proporcionalmente distribuida entre todos los miembros de la colectividad y no debe pesar toda sobre uno solo, por lo cual todo sacrificio soportado por un ciudadano en sus haberes más allá de lo que él contribuye a la sociedad en virtud de una Ley General de Impuestos debe serle compensado por el erario público". Ver: *L'illecito e la Responsabilità Civile degli Enti Pubblici*, por Renato Alessi, Milano, 1972, pp. 128-129.



biana, en particular del Consejo de Estado, ha desarrollado ampliamente el régimen jurídico de la responsabilidad administrativa a partir de una concepción apoyada en la justicia conmutativa y actualmente sigue una tendencia prevaleciente hacia la justicia distributiva en esta materia.

Nos relata el Profesor Henao que en el siglo XIX y en buena parte del siglo XX “la responsabilidad del Estado se encontraba circunscrita a las normas jurídicas que reconocieran expresamente la obligación indemnizatoria a cargo del Estado”. Principio equivalente a la doctrina asentada en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela de fecha 05 de Febrero de 1964, analizada en capítulo anterior de este trabajo.⁷

Luego la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, según nos relata también el Profesor Henao, estableció la plena aplicabilidad de las normas del Código Civil de aquella nación a la responsabilidad del Estado, inspirado en el sistema de la culpa y con asunción de las hipótesis de responsabilidad directa e indirecta, así como también de culpa probada y de culpa presunta. Sin embargo, a lo largo de esa evolución, la jurisprudencia colombiana no dejó de imprimir matices propios a la responsabilidad civil extracontractual del Estado, como fue la paulatina adopción de la llamada “falta de servicio” o “culpa anónima del servicio público” y la prescindencia del grado de culpa en que hubiesen incurrido los agentes del Estado con su conducta individual a fin de comprometer la responsabilidad de la Administración.

Dentro de esa evolución jurisprudencial colombiana se abrió paso la noción de riesgo como fundamento también de la responsabilidad del Estado en ciertas actividades administrativas, como en la hipótesis de las llamadas “actividades peligrosas”, especialmente consideradas en el ámbito del Derecho Privado, por influjo de las leyes especiales en materia expropiatoria y de obras públicas.

También se abrió paso la noción de “daño especial” y la “igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas”, como fundamentos de la responsabilidad administrativa. A comienzos de la década de los sesenta, el Conse-

7. Sigo en esta parte de la exposición la “Presentación General de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia”, realizada por el Profesor Juan Carlos Henao, ante las Segundas Jornadas Colombo-Venezolanas del año 1996, celebradas en Santa Fe de Bogotá, consultada en original

jo de Estado Colombiano proclama la autonomía del sistema de responsabilidad del Estado, con frases muy similares a las del famoso "Arret Blanco" del Derecho Administrativo Francés, como las siguientes: "Estima, el Consejo de Estado que la responsabilidad del Estado en materia como la que ha originado esta controversia no puede ser estudiada y decidida con base en las normas civiles que regulan la responsabilidad extracontractual sino a la luz de los principios y doctrinas del Derecho Administrativo, en vista de las diferencias sustanciales existentes entre éste y el Derecho Civil, dadas las materias que regulan ambos derechos, los fines perseguidos y el plano en que se encuentran colocados".

Estima el Profesor Henao que el régimen de Derecho Administrativo de la Responsabilidad del Estado se consolida en 1964, cuando la noción de "falla del servicio" adquiere papel relevante y delimitador de esa responsabilidad. Enfatiza Henao que, a partir de ese año, la "falla de servicio" no se limita a su noción tradicional de "no funcionamiento o de funcionamiento tardío o funcionamiento defectuoso", sino a la violación del contenido obligacional de servicio que impone al Estado la Constitución Política. Se prescinde de la culpa personal de los agentes y se lleva dicha noción de responsabilidad por incumplimiento del servicio (grave o leve) a todos los campos de la actividad administrativa, sin excepción. Henao nos da una larga lista de casos sentenciados favorablemente a los ciudadanos reclamantes.

En esa evolución de la "falla de servicio" no faltaron interpretaciones restrictivas de la jurisprudencia colombiana tendentes a moderar su aplicación o a frenar el incremento de condenas al Estado por resarcimiento, como el rigor de la exigencia de la prueba de elementos de imputabilidad y causalidad. Tendencia que se vió contrabalanceada con la instauración de la doctrina jurisprudencial de la "falla presunta del servicio", que impone al actor sólo la carga de comprobar el perjuicio sufrido y la relación de causalidad con el hecho del servicio.

A partir de 1973 se afianza la noción de "daño especial" como fundamento de la responsabilidad del Estado, con la condena de indemnización por daños ocasionados a inocentes por las autoridades policiales, en actividades legítimas de persecución de delincuentes. En esta hipótesis la ausencia de "falla en el servicio" no impidió la indemnización como modo



de distribuir equitativamente el daño que un ciudadano no tenía por qué soportar aisladamente. Se afianza la idea de “carga especial en beneficio de la comunidad” que debe ser compensada justamente por el Estado, como representante de la Sociedad.

Como culminación de esa evolución, se llega a la fórmula normativa contenida en el Artículo 90 de la Constitución Colombiana del año 1991, la cual expresa: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

En esa norma constitucional, muchos han visto la instauración de la responsabilidad objetiva del Estado en Colombia, en forma muy cercana a la contenida en la Constitución Española de 1978.⁸

En palabras de Henao, al igual que se dice en España, “...se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social”. Destaca el Profesor Henao la enorme influencia ejercida por las enseñanzas del autor español Eduardo García de Enterría en este logro del Derecho Colombiano en la materia, desde la época de los trabajos preparatorios de la Ley de Expropiación Forzosa de España, dictada el 17 de Diciembre de 1954, hasta llegar hoy al concepto central de la responsabilidad patrimonial del Estado: la lesión patrimonial, antijurídica y resarcible, causada por el funcionamiento normal o anormal de la Administración Pública, que el ciudadano no tiene el deber de soportar.

No obstante lo anterior, advierte Henao, que la norma de la Constitución Colombiana de 1991, antes citada, no ha implantado un sistema total de responsabilidad objetiva del Estado ni ha excluido los demás fundamentos

8. Expresa el Artículo 106.2 de la Constitución Española de 1978 lo siguiente: “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”. Esta norma supera la diferencia entre responsabilidad patrimonial e indemnización de Derecho Público.

de esa responsabilidad, como serían la culpa, el riesgo, el daño especial y la falla de servicio con respecto a ciertas hipótesis. El fundamento de esa responsabilidad es múltiple en la actualidad. Así lo ha establecido la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia del 01 de Agosto de 1996, al afirmar que "...en el fondo el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado".⁹

Considera el Profesor Henao que el régimen colombiano de responsabilidad del Estado se encuentra a medio camino entre el sistema objetivo español y el sistema mixto francés, ya que con el primero coincide en la formulación constitucional y con el segundo en su modo de formación producto de una evolución jurisprudencial.

En la actualidad y por la presión social de los daños ocasionados a víctimas inocentes por el terrorismo, el régimen colombiano de responsabilidad estatal ha avanzado hacia la justicia distributiva, a tal punto que Henao considera que ha llegado a funcionar como un sistema de seguridad social, allende el límite de la noción de resarcimiento

Así manifiesta el Profesor Henao, en su ponencia a estas II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, lo siguiente:

"Este límite que de por sí centra el concepto de responsabilidad, deja sin embargo otra importante pregunta pendiente: ¿puede jugar la jurisprudencia la función de ampliar el cubrimiento de daños?. Es decir, una cosa es que se sepa que la función de la responsabilidad es indemnizar y no distribuir, y otra cosa es saber hasta dónde llega su función reparadora que permita al Juez ordenar al Estado a indemnizar el daño. En este punto se puede anotar que entre mayor extensión se dé a la noción de daño antijurídico y de imputación al Estado, mayor será la cantidad de personas que podrán demandar la responsabilidad del mismo, y que la función del Juez será precisamente ampliar equilibradamente los fundamentos que le permitan otorgar indemnización así como el criterio de imputación del daño al Estado.

Nos encontramos allí en el límite con la seguridad social y aún con el seguro privado, y por consiguiente con otro nudo gordiano de la responsabilidad que ya viene planteado: Si la responsabilidad se aleja de la noción de seguridad social en la medida en que su naturaleza es restitutoria en tanto que la de esta es distributiva, ¿cómo impedir que en determinados eventos se crucen ambas funciones?.

La respuesta, nada sencilla por demás, nos lleva a la segunda premisa de nuestra jurisprudencia en esta materia, que supone que ella está llamada a jugar, y que ha

9. Ver: Ponencia del Profesor Henao citada supra, p. 434.



jugado, el papel de impulsora de la justicia material, —entendida como aquella que busca la realización y concreción de los derechos—, y por tanto, acercarse por esta vía a la seguridad social.

Es así como hay que afirmar sin temor que el juez debe, basado en los postulados constitucionales de la solidaridad social, promover la cercanía entre el derecho de daños y el de seguridad social. En países como Colombia, quizás a diferencia de lo que pueda ocurrir en Suecia, el discurso de la responsabilidad encuentra por tanto un sustento democrático que lo alimenta y lo hace indispensable. Se trata entonces de anotar que la jurisprudencia en numerosos eventos sirve de guía al legislador, y acalla una conciencia de injusticia en los administrados. Si no, ¿cómo explicar la sentencia mediante la cual se le otorgó indemnización a la señora que luego de dejar en el bus a su hija, murió en la explosión del atentado al director del D.A.S. cuando se desplazaba en su vehículo? (Consejo de Estado, Sección Tercera, 23 de Septiembre de 1994, ponente doctor Uribe Acosta, actor Justo Vicente Cuervo Londoño, Expediente N° 8577.). En este evento la jurisprudencia, apoyada en el principio de la solidaridad social, amplió el campo de aplicación de la teoría del riesgo y la mezcló con la del daño especial, para así otorgar indemnización. Pero se reitera: esta metodología no es de extrañar, pues según afirman los autores Thierry S. Renoux y André Roux, en reciente artículo de 1993, "el caso de la reparación de las víctimas de actos de terrorismo ha sido uno de los campos en donde existe un acercamiento entre la seguridad social y la responsabilidad".¹⁰

Finalmente, cabe señalar que la amplitud de cobertura de daños antijurídicos que ha alcanzado el régimen colombiano de responsabilidad estatal ha provocado en muchos la reacción de buscar límites cuantitativos preestablecidos a las indemnizaciones, a través de normas legales, con la finalidad de proteger las finanzas del Estado. "Ideas llamativas para mentes totalitarias", según ha opinado el Profesor Henao. Lo cual nos recuerda la preocupación consignada por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, en la sentencia del 05 de Febrero de 1964, en relación con el carácter "infinito" de la responsabilidad del Estado que atentaría contra su "estabilidad económica".

III ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN VENEZUELA

1.- Como acertadamente ha dicho el fecundo autor venezolano Luis Ortiz Alvarez, quien se ha convertido en la principal referencia doctrinal venezolana en la materia de este trabajo, las bases de la responsabilidad

10. Ver: Ponencia citada supra, pp. 436 y 437.

administrativa en Venezuela se encuentran en el "bloque de la constitucionalidad", el cual aporta "toda una gama de principios generales y de normas positivas principales y de refuerzo" ¹¹

Aunque la responsabilidad administrativa es inherente al Estado de Derecho y su existencia deriva obligadamente de los principios generales del Derecho, ella sienta sus fundamentos de derecho positivo en los Artículos 47, 206 y 68 de La Constitución de la República de Venezuela. "Los cuales, a juicio de Ortiz Alvarez, por sí solos, tanto más combinados, permiten e imponen la construcción general y la articulación técnica de todo un sistema de responsabilidad administrativa completo, eficaz e inspirado en principios de Derecho Público".

Además de dichas normas, el entramado constitucional se expande en la materia de responsabilidad del Estado y sus agentes a través de los Artículos 3, 46, 121, 49, 117, 205, 209, 99, 101, 45, 56, 57, 61 y 223 de la Constitución, que consagran la responsabilidad del funcionario público y las garantías constitucionales de la protección jurisdiccional, del derecho de propiedad y de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, así como también el principio de la solidaridad social.

A los preceptos constitucionales citados deben añadirse diversas normas de rango legal que desarrollan la materia en ciertas áreas de la actividad administrativa, como serían el Artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el Artículo 36 de la Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social, el Artículo 53 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, el Artículo 63 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, la Ley de Tránsito Terrestre y tantas otras, sin que ello signifique —a mi juicio— la exclusión del estatuto general de la responsabilidad civil contenido en las normas del Código Civil, como fuente supletoria de la responsabilidad administrativa. ¹²

11. Ver: Obra citada supra, pp. 90 y siguientes.

12. Ortiz Alvarez, dentro de una concepción autonómica de la responsabilidad administrativa, ha expresado lo siguiente: "Es aquí, en la Constitución, o si se quiere, en la atmósfera constitucional, donde deben buscarse todos los elementos necesarios para la revolución científica requerida en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en Venezuela. Las referencias exclusivas al Código Civil como base normativa de la responsabilidad, son pues impertinentes, pues la responsabilidad administrativa debe regirse por principios propios publicistas los cuales, si bien en algunos casos son compatibles con los principios de Derecho Privado, en general los



La clara y categórica normativa antes indicada conforma el marco de la responsabilidad extracontractual del Estado y no sólo de la Administración, que bien habría podido dar aliento desde hace muchos años al desarrollo de su régimen jurídico, si no hubiera sido por la resistencia del Poder al vínculo de la responsabilidad esbozada en el Capítulo I de este trabajo, a lo cual Ortiz Alvarez se ha referido como la "paraplejía" de la responsabilidad administrativa en Venezuela.

Por el contrario, en Colombia el tema en cuestión ha tenido un largo y amplio desarrollo jurisprudencial, por obra de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado de ese país, a partir de normas muy generales de la Constitución Política, que poca relación tenían con la institución de la responsabilidad. La norma paradigmática del Artículo 90 de la Constitución de 1991 surgió como corolario de esa evolución jurisprudencial y su ausencia en el pasado no impidió ni retardó el brillante desarrollo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el vecino país.

Es a partir de la década de los ochenta cuando se desarrolla verdaderamente el régimen de la responsabilidad administrativa en Venezuela, por obra de una comedida jurisprudencia atada a los principios de la responsabilidad extracontractual fijados en el Código Civil y en leyes especiales.

La judicatura y los autores del Derecho Administrativo adoptaron una posición legalista para ganar seguridad frente a la resistencia del Poder Público al vínculo de la responsabilidad, tanto en el ámbito de los daños ilícitos como de los daños lícitos ocasionados por los agentes de la Administración Pública, lo cual permitió que la doctrina nacional distinguiera entre la responsabilidad y la indemnización de Derecho Público. En la primera hipótesis con la aplicación de la responsabilidad general y de las responsabilidades especiales reguladas en el Código Civil y en la segunda

depan y de largo. Las particularidades del fenómeno administrativo, y la enorme gama de reglas específicas que rigen el instituto resarcitorio frente a los entes públicos, así como la existencia de un bloque normativo propio, justifican el buen grado de autonomía y originalidad de la responsabilidad administrativa". Ver: Obra citada supra, p. 95. El carácter radical de esta posición de Ortiz Alvarez no es compartido por la jurisprudencia nacional, la cual si bien es cierto que reconoce el particularismo del régimen de la responsabilidad administrativa, no es menos cierto que reconoce también la aplicación supletoria de las normas del Código Civil a esa responsabilidad y además ha hecho frecuente uso de las mismas para resolver muchas de las causas que por responsabilidad han sido introducidas contra los entes públicos, como se verá más adelante.

hipótesis con aplicación de normas de leyes especiales, como la Ley de Expropiación y la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, entre otras. En todos los casos, los jueces sintieron la necesidad de enganchar sus decisiones a precisas normas legales y no aventurar con la implantación de categorías jurisprudenciales apoyadas en el "bloque constitucional".

Por esta vía surgió en Venezuela un mosaico o sincretismo en la fundamentación de la responsabilidad administrativa, entendida hoy en día como un todo unitario, que ha utilizado combinadamente los criterios de la culpa, del riesgo y del sacrificio particular.

Originalmente, se dió reconocimiento a la responsabilidad subjetiva por hecho propio de la Administración, con fundamento en la responsabilidad general (Aquiliana) por hecho ilícito prevista en el Artículo 1.185 del Código Civil. En particular se acogió el criterio de la "falta de servicio", con prescindencia de la individualización de la falta del funcionario agente, con ocasión de actos jurídicos, actos materiales, hechos u omisiones.

Más tarde se dió cabida a la responsabilidad objetiva o sin falta del Derecho Civil, fundada en el riesgo de la actividad, según algunos, y en la presunción de culpa, según otros. En particular, se acogió la responsabilidad especial del guardián por el hecho de las cosas inanimadas, regulada en el Artículo 1.193 del Código Civil.

Finalmente, se ha comenzado a dar aplicación al criterio de la igualdad ante las cargas públicas o de la responsabilidad por sacrificio particular, pero limitado a hipótesis especiales reguladas en leyes administrativas, en un proceso de expansión de la garantía de la indemnización por expropiación. Esta fase de nuestro derecho positivo se ajusta mejor a la llamada "teoría de la indemnización de Derecho Público" creada por la doctrina alemana, que al sistema español de responsabilidad objetiva de la Administración Pública (garantía patrimonial integral) o al sistema francés de responsabilidad sin falta. En particular, se ha dado aplicación a la responsabilidad patrimonial surgida de las limitaciones a la propiedad cuando llenan los requisitos de resarcibilidad, a tenor de las Leyes Orgánicas de Ordenación del Territorio y de Ordenación Urbanística, así como también de la Ley Forestal de Suelos y de Aguas.



A pesar de la diferencia en el grado de desarrollo que se observa en la responsabilidad administrativa en Venezuela y en Colombia, a lo cual me he referido reiteradamente en capítulos anteriores, no dejo de observar también grandes similitudes en la evolución de la materia en los dos países. Así, creo que la jurisprudencia venezolana ha seguido una tendencia paulatina semejante a la seguida por la jurisprudencia colombiana, ya que esta última comenzó dando masiva aplicación a los principios del Código Civil a la responsabilidad administrativa, lo cual incluía la hipótesis de responsabilidad por riesgo; luego adoptó la "falla de servicio", en sus modalidades probada y presunta; más tarde adoptó el criterio del "daño especial" o sacrificio particular del ciudadano; para culminar con el criterio del "daño antijurídico", especie de receptáculo general de todos los criterios de fundamentación de la responsabilidad pública. Lo cual permite concluir que el "fundamento múltiple" de esa responsabilidad en el Derecho Colombiano equivale al mosaico o sincretismo que he sostenido con respecto al fundamento de la misma en el Derecho Venezolano.

En este punto se debe observar también que ese desarrollo evolutivo de la responsabilidad extracontractual del Estado, marcado por la sucesión de criterios de fundamentación, no es algo totalmente diferente a lo acontecido en el Derecho Privado, dentro del cual se ha producido una fecunda evolución legislativa y contractual donde se pueden identificar las fases que han compuesto su evolución.

Así, el Profesor José Melich Orsini ha definido la responsabilidad civil como una "distribución de daños o pérdidas que se producen en la vida social a consecuencia de la acción o de la inacción de los seres del mundo exterior". Distribución que parte de la "decisión sobre cuál sea la manera más justa y racional de repartir los daños", lo cual conduce a buscar "el motivo justificante o fundamento" de esa decisión de distribuir. En el Código Napoleón se asumió la idea de culpa como fundamento de la responsabilidad civil extracontractual, tanto en su modalidad por hecho propio como en aquella surgida del hecho ajeno (culpa presunta). Bajo el influjo de las ideas políticas y sociales del siglo XIX francés se adopta la llamada responsabilidad sin culpa basada en la noción de riesgo y de beneficio, para apoyar a las víctimas con menores recursos en sus demandas de resarcimiento contra propietarios y patronos. En este siglo XX se produce

el desplazamiento de la responsabilidad hacia la seguridad social, sobre todo en materia de accidentes, y hacia los seguros colectivos.

"La vieja idea de culpa —concluye Melich— parecía engendrada por un feroz individualismo y, en su lugar, era necesario ir construyendo todo un complejo sistema de responsabilidad sin culpa que a la larga viniera a funcionar en el sentido de una solidaridad social absoluta". No obstante, la culpa no desapareció como fundamento de la responsabilidad civil, sino que dejó de ser el fundamento único para dar paso a un "fundamento múltiple" o sincrético en el Derecho Privado.¹³

2.- Seguidamente se hará un análisis de un grupo de sentencias dictadas por la jurisdicción contencioso-administrativa, bien por la Corte Suprema de Justicia o bien por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, las cuales he seleccionado como casos representativos o "casos líderes" de las tendencias de la jurisprudencia nacional en la materia de la responsabilidad administrativa, pero sin que ello signifique que esos fallos seleccionados agotan la materia o que no existan otros precedentes judiciales de similar naturaleza y calidad.

2.1. SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, EN SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA, DE FECHA 25 DE ENERO DE 1996. CASO SERMES FIGUEROA CONTRA INSTITUTO AUTÓNOMO DE FERROCARRILES DEL ESTADO (FERROCAR).

Esta importante decisión contiene una síntesis del estado actual de la responsabilidad administrativa en Venezuela y del grado de desarrollo alcanzado en la materia en los años recientes, en los cuales se ha logrado vencer gran parte de la resistencia del Poder Público al vínculo de la responsabilidad en el camino al Estado de Derecho. Por ello no he dudado en dar inicio a este análisis jurisprudencial con las observaciones que sugiere la lectura de esta decisión estelar.

a) Destaca la sentencia, en primer lugar, "la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado" y su extensión actual. Dice textualmente: "Efectivamente la responsabilidad del Estado ha evolucionado desde la situación inicial de irresponsabilidad total, has-

13. Ver: "La Responsabilidad Civil por Hechos Ilícitos, por José Melich Orsini, Caracas 1994, Tomo I, pp. 17 y siguientes.



ta la ampliación tal de su responsabilidad, al punto que se ha aceptado inclusive la responsabilidad por riesgo objetivo". Al mismo tiempo señala la particularidad del régimen jurídico de esa responsabilidad patrimonial, inherente al Derecho Administrativo y a las reglas del contencioso-administrativo.

En esta primera observación pareciera verse la asunción de una concepción autonómica de la responsabilidad administrativa por parte de la Corte Suprema de Justicia, pero más adelante la decisión misma se inclina hacia el fundamento múltiple o sincrético de esa responsabilidad.

b) La decisión acoge la suma división entre responsabilidad con falta y responsabilidad sin falta. Dice que la primera es la llamada "responsabilidad con culpa" derivada de una actuación ilícita del Estado productora de daños. Mientras que la segunda "también llamada responsabilidad expropiatoria" es la que deriva de una actuación lícita del Estado, cuyo fundamento es "el principio de igualdad ante las cargas públicas" y que opera cuando exige el Estado un "sacrificio particular" a una persona, a diferencia del sacrificio exigido a las demás. Pareciera la Corte superar la distinción doctrinal entre responsabilidad e indemnización de Derecho Público, pero esta posible conclusión se desdibuja en el punto siguiente de su discurso.

c) Dice la sentencia que en lo concerniente a la responsabilidad sin falta o por sacrificio particular "la vía para reclamar indemnización por daños será la especial, en caso de que la Ley la establezca (como sería el caso de la indemnización por expropiación)".; mientras que correspondería "la vía de Derecho Común", con lo cual entendemos de Derecho Privado, en ausencia de vía especial, con lo cual la Corte se refiere al fundamento de la reclamación. Nótese que la decisión se inclina hacia la búsqueda de una base legal de reclamación y no se detiene en la base constitucional de la responsabilidad administrativa, a pesar de la categórica declaración de principios sobre la materia.

d) Señala la decisión que en la responsabilidad con falta "las vías igualmente varían, siendo necesaria la prueba del ilícito", pre-

vio cumplimiento de las formalidades y trámites necesarios, tanto en lo contractual como en lo extracontractual. Luce extraño que la decisión no haya hecho referencia a la "falta de servicio", cuya existencia aligera considerablemente la prueba del ilícito, por lo que respecta a la demostración de la culpa individual del agente de la Administración. Sin embargo, pienso que ello no podría interpretarse en el sentido de que la Corte haya negado su aceptación a ese criterio tradicional de fundamentación de la responsabilidad administrativa, puesto que la "falta de servicio" como hecho ilícito amerita también de demostración.

e) Se refiere la decisión a la hipótesis del ilícito que tiene su origen en un acto administrativo. Después de admitir la procedencia de la reclamación por esta causa, señala que "la prueba del ilícito debe provenir de la sentencia que haya decidido el recurso contencioso administrativo de anulación que ha debido interponerse contra el acto administrativo lesivo, o bien del acto de revocatoria dictado por la Administración en ejercicio de su poder de autotutela. De aquí que no sea dable la reclamación autónoma de daños y perjuicios contra un acto administrativo, sin vincular tal reclamación al resultado —sentencia— del correspondiente recurso... (omissis) o al resultado de un acto de emisión de un acto administrativo de revocatoria del acto originalmente dañoso".

Al asumir dicha posición, la Corte excluyó la aplicabilidad de la "excepción de ilegalidad", prevista en el Artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, como medio de prueba de la ilicitud del acto administrativo y como base de reclamación, para confinarla al concepto de defensa en juicio. En atención a la complejidad procesal del punto y al carácter predominantemente sustantivo de estos comentarios prefiero abstenerme en esta oportunidad de expresar opinión sobre el mismo.

En Colombia, según nos informa el Profesor Henao en su ponencia a estas Jornadas, la posición de la jurisprudencia ha sido igualmente restrictiva en la hipótesis de la resarcibilidad del daño derivada de un acto administrativo ilícito, ya que, por interpretación del Artículo 85 del Código Contencioso Administrativo Colombiano, también ha exigido la previa anulación o revocación del acto como requisito para calificar la ilicitud y



resarcibilidad del daño, a pesar de la amplia cobertura del sistema de responsabilidad administrativa en ese país.¹⁴

Por lo que concierne a la responsabilidad sin falta, se infiere del fallo que la resarcibilidad del daño derivado de un acto administrativo lícito requeriría de una "vía especial" establecida en la Ley, a pesar de la categórica invocación del principio de igualdad ante las cargas públicas como base de resarcibilidad del "sacrificio particular" de la víctima. Sin embargo, se podría esperar una evolución de esta tímida posición de la Corte, que encierra el germen de una ampliación de cobertura en la responsabilidad sin falta, sin que ello "choque" con la llamada "presunción de legitimidad" del acto administrativo.

No obstante el carácter de síntesis en la materia atribuible a esta sentencia, considero conveniente analizar brevemente otros precedentes jurisprudenciales que abonaron el camino a la decisión aquí comentada.

2.2. Sentencias del Caso Alba Orsetti de Cabello contra la República de Venezuela (Ministerio de Obras Públicas) emanadas de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, en fecha 19-07-84 y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en fecha 05-05-83.

El día 27 de diciembre de 1975 una valla de señalamiento vial de una carretera se desprendió sobre el automóvil en que viajaba Freddy Luis Cabello, su cónyuge y sus hijos, ocasionando la muerte instantánea del conductor y graves daños a los demás ocupantes del vehículo. La viuda demandó por responsabilidad civil a la República y exigió la indemnización de los daños materiales (emergentes y lucro cesante) y de los daños morales derivados de esa tragedia familiar y previo cumplimiento infructuoso del antejuicio previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

En el caso reseñado, las sentencias comentadas establecieron los hitos siguientes:

a) Declaró la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y así lo confirmó la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema

14. Ver: Fonencia citada supra, pp. 452 y siguientes.

de Justicia, que "...en lo atinente a la responsabilidad extracontractual de la Nación, ante la ausencia de un régimen especial rigen los mismos principios de tal responsabilidad consagrados en el Código Civil, que tiene su fundamento en el dolo, la culpa o en el riesgo objetivo, conforme se desprende de los Artículos 1185 y siguientes y que tiene su fuente constitucional en el Artículo 47 y en el Artículo 206 de la Constitución".

Quedaba así reconocida la aplicabilidad supletoria de los principios de la responsabilidad civil extracontractual a la indemnizabilidad de los daños ocasionados por la conducta de los agentes del Estado, sin que ello excluyera en modo alguno las particularidades de la responsabilidad de los entes públicos.

b) Los fallos recaídos en el caso asimilan plenamente la doctrina de la falta o falla de servicios y la consiguiente imputabilidad orgánica del hecho dañoso a la Administración Pública. Para constatar esto basta leer con detenimiento las categóricas frases consignadas en la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo:

"Pues bien, la actividad administrativa del transporte tiene por objeto regular todo cuanto se refiera a las vías, así como determinar el uso de las mismas y su sentido de circulación, para garantizar precisamente a la colectividad de los peligros derivados de la utilización de los medios de transporte. Por tanto, la Administración, y en concreto, el Ministerio de Obras Públicas, tienen como obligación y función mantener en condiciones adecuadas las vías de transporte terrestre, tanto para facilitar éste como para evitar daños a las terceras personas. Parte importante de ese mantenimiento lo constituye el señalamiento vial, puesto que a través de él la Administración determina la circulación y la utilización de las diferentes vías, de modo no sólo de orientar a los usuarios de las mismas, sino también para evitar que éstos se entorpezcan con sus vehículos y de ese modo evitar que se causen o causen daños a terceros. De manera pues, que el señalamiento vial es parte importante de la conservación y mantenimiento de las carreteras y demás vías de transporte, hasta el punto de que la falta de tal conservación puede causar daños a los usuarios de las vías, como tales usuarios, y también, como simples personas, si no se mantienen adecuadamente, de forma de evitar su caída sobre aquéllos y sus bienes o propiedades".

Más adelante expresa el mismo fallo lo siguiente:

"...Tal falta es perfectamente atribuible al entonces Despacho Ministerial encargado de la conservación de las vías de comunicación, es decir, de las carreteras, o sea,



el Ministerio de Obras Públicas, y que tal falta constituyó la causa del daño: el fallecimiento del cónyuge de la actora. Al no identificarse el funcionario o funcionarios responsables, puede decirse que es el servicio o la función que dejó de mantener o conservar la vía que ocurrió la caída de la valla que produjo la muerte del cónyuge de la demandante, y así se declara.

Ahora bien, la imputabilidad de la Administración resulta de que jurídicamente a uno de sus órganos le está atribuida la función de conservar y mantener las carreteras, y dentro de ellas, lo relativo al transporte terrestre, es decir, las señales de información vial, de forma tal que no causen daños a las terceras personas, y en ese sentido su falta aparece como la causa del daño, y así se declara".¹⁵

Por su parte, la sentencia de alzada de la Sala Político-Administrativa fundamentó la indemnización en la condición de guardián de la cosa de la Administración y en las normas establecedoras de la competencia del servicio público vial.¹⁶

De esta manera, la jurisprudencia nacional no sólo asume la "culpa anónima" del aparato administrativo como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, sino que reconoce en la responsabilidad del prestador de un servicio público la consecuencia necesaria derivada del incumplimiento objetivo de los deberes y obligaciones públicos inherentes a esa condición, sin que para ello sea menester comprobar la culpa individual de algún agente público ni la intencionalidad o negligencia de persona alguna.

c) En su reclamación, la demandante fundamentó su pretensión en la norma del Artículo 1193 del Código Civil, que establece la responsabilidad del guardián de las cosas inanimadas por los daños que éstas produzcan. Este hecho procesal dió lugar a una diferencia de criterios entre la decisión de primera instancia y la de alzada. Veamos:

Consideró la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que la actora alegó y demostró: "como causa del daño a la conducta de

15. Ver: Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo N° 7767, de fecha 05-05-83, consultada en original.

16. Ver: Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961 - 1996), por Allan R. Brewer Carías y Luis Ortíz Álvarez, Caracas 1996, pp. 260 y siguientes. Todas las sentencias reproducidas en este capítulo pueden ser consultadas en esta obra.

la Nación como guardián de la cosa, antes que a la intervención en sí misma de la cosa. Por tanto, a juicio de la Corte, cuando se atribuye a la conducta del guardián el daño causado por la cosa, es decir, a su conducta culposa, debe aplicarse el Artículo 1185 del Código Civil y no el Artículo 1193 "*ejusdem*", que resulta ser supletorio de aquel en materia de responsabilidad civil extracontractual".

Por su parte la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia declaró no compartir el criterio de la recurrida porque el hecho de haberse invocado en el libelo de la demanda la negligencia del guardián de la cosa y de haberse hecho un esfuerzo para demostrarla no excluye la aplicación del Artículo 1193 del Código Civil, puesto que el daño fué imputado a la acción de la cosa. La Corte Suprema calificó como "superabundantes y carentes de importancia para cambiar la naturaleza de la acción" las referencias a la negligencia del guardián.

Al margen de la discusión acerca de la cuestión de Derecho Privado sobre la preferente aplicación de una u otra norma del Código Civil, quedó sumamente clara la procedente aplicación supletoria del régimen jurídico de la responsabilidad civil a la Administración Pública, así como también la función del principio "*iura novit curia*", según el cual, expresó la Corte Suprema en su decisión, "...los jueces pueden traer a los autos *motu proprio* consideraciones de derecho en virtud del conocido principio *iura novit curia* el cual significa que los jueces conocen el derecho y deben aplicarlo aunque no haya habido alegación de parte", siempre que se mantengan dentro de los límites de la acción deducida y de las defensas opuestas, establecidos en el Artículo 162 del Código de Procedimiento Civil derogado. Es decir, que los jueces en la materia deben mantenerse dentro de los confines indicados por los hechos y pretensiones planteados en el proceso, pero ello no excluye la facultad jurisdiccional de seleccionar la norma jurídica cuyo supuesto se ajusta en mayor medida a esos hechos y pretensiones.

Destaca igualmente en la sentencia de alzada que asume plenamente los efectos de la responsabilidad especial establecida en el Artículo 1.193 del Código Civil, cuyo fundamento es la "presun-



ción de culpa en la guarda", que funciona con la prueba del hecho causante del daño, de los daños ocasionados y de la relación de causalidad entre ambos extremos; a lo cual se agrega la prueba de la condición de guardián, que en el presente caso viene dada por las atribuciones legales del servicio público responsable. Por esta razón, la jurisprudencia nacional y en especial la sentencia "Sermes Figueroa contra FERROCAR", antes comentada, ha dicho que el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública incluye la hipótesis de "riesgo objetivo" como fundamento de esa responsabilidad. A este respecto, afirma contundentemente la sentencia ahora comentada del caso Alba Orsetti de Cabello, que "...si la conducta culposa quedó o no demostrada, si la valla desprendida estaba o no en mal estado, si los tornillos o sus bases estaban o no oxidados y partidos, son cuestiones de hecho que en nada influyen para establecer la responsabilidad del guardián demandado, pues se trata de una responsabilidad objetiva". (Subrayados míos).¹⁷

En igual sentido, la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 15 de diciembre de 1992, publicada el 04 de marzo de 1993, Caso Silvia Rosa Riera contra Instituto Nacional de la Vivienda, confirma plenamente la aplicabilidad de la responsabilidad por la guarda de cosas a la Administración Pública, con todas sus características, así como también la facultad de la Sala para seleccionar e interpretar la norma correctamente aplicable, en virtud del acatamiento del principio "iura novit curia", dentro de los límites puestos por los hechos y pretensiones explanados en el proceso, aunque la disposición legal no haya sido invocada por la parte actora.¹⁸

17. Ortiz Alvarez califica este conjunto de decisiones basadas en la aplicación de la responsabilidad especial prevista en el Artículo 1193 del Código Civil, como fundamentadas en la responsabilidad por sacrificio particular, posiblemente atendiendo al carácter "objetivo" que le ha asignado la jurisprudencia a esta hipótesis de responsabilidad civil. Sin embargo, considero que el fundamento de la condena al Estado en esas decisiones se inspira en una filosofía diferente, más próxima a la justicia conmutativa que a la justicia distributiva, pero con la clara intención de facilitar la prueba de la responsabilidad en el marco de la falta de servicio. Esto es una muestra de la conformación sincrética del régimen de responsabilidad administrativa en Venezuela. Ver: Obra citada supra, p. 109.

18. Ver: Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa, citada supra, págs. 243 y siguientes.

Sin embargo, no puedo dejar de señalar que en el voto salvado agregado a esta sentencia, suscrito por el Magistrado Luis Henrique Farías Mata, se objeta la aplicabilidad de la norma del Artículo 1193 del Código Civil, por virtud del carácter "especial" de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, con lo cual parece revivir la concepción autonomística de la responsabilidad del Estado.

En todas estas decisiones la jurisprudencia nacional asumió la finalidad esencial de la responsabilidad por la guarda de cosas, que busca facilitar a la víctima la prueba de la resarcibilidad del daño sufrido y poner en cabeza del propietario o en el guardián de la cosa, en caso de no coincidir ambas condiciones, el deber de garantizar a los terceros la vigilancia y buen cuidado de la cosa a fin de que su tenencia o disfrute no sea perjudicial a los demás.¹⁹

También en todas las decisiones aquí comentadas se asumió plenamente el principio general de la resarcibilidad integral de los daños, de carácter material o de carácter moral, de carácter emergente o por lucro cesante, conforme a la norma del Artículo 1196 del Código Civil.

19. Considero que la asunción de la "presunción de culpa en la guarda" por parte de la jurisprudencia nacional comentada, se encuentra en la misma línea de la "presunción de falta de servicio" del Derecho Francés, por cuanto lo que se busca es facilitar a la víctima la prueba de la responsabilidad del agente del daño, en ambas doctrinas. Ortiz Alvarez nos informa al respecto: "La presunción de falta o funcionamiento anormal es una técnica de prueba indirecta de hechos que consiste en un desplazamiento del objeto de prueba de un hecho desconocido, generador del derecho invocado, a un hecho conocido. (F. Llorens-Fraysee, *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, LGDJ, Paris. 1985, p. 53). Hay, pues, responsabilidad por falta presumida, cada vez que el juez desplaza el objeto de prueba y cuando "en vez de exigir la demostración directa de la falta él se contenta con indicios a partir de los cuales presume dicha falta" (ídem, p. 179). Dicha técnica, instaurada a veces por el legislador aunque en general se trata de una institución jurisprudencial, constituye una frontal excepción a la regla *actori incumbit probatio*...". Más adelante expresa también: "El régimen de presunciones de funcionamientos anormales, pues, es un régimen montado en favor de las víctimas, lo que no es de extrañar conociendo, por una parte, lo injusto que puede ser dejar algunas pruebas altamente difíciles a constituir en cabeza de los particulares y, por otra parte, la tendencia protectora y objetivadora que muestra la evolución de la responsabilidad administrativa...". Apunta también Ortiz Alvarez y esto tal vez explica la aproximación que hace entre la responsabilidad objetiva por la guarda de cosas y la responsabilidad por sacrificio particular, lo siguiente: "...algunas de las actividades tratadas bajo el régimen de presunciones suelen definitivamente pasar, por vía legislativa o jurisprudencial, al régimen de responsabilidad por sacrificio particular...". Ver: *Obra citada supra*, pp. 335 a 337.



d) Si bien es cierto que, con posterioridad, ha habido numerosas sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa que han condenado a varias empresas del Estado al pago de indemnizaciones por daños y perjuicios, con fundamento en el Artículo 1193 del Código Civil, entre las cuales se encuentran los casos de condenas a la Compañía Anónima de Desarrollo y Fomento Eléctrico (CADAFE) y a la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), no es menos cierto que tales casos encuadran perfectamente dentro de la natural aplicación del régimen común de responsabilidad civil, sin que deba señalarse la presencia de las particularidades de la responsabilidad administrativa. En efecto, en esos casos se ha tratado de actividades regidas por el Derecho Privado de sujetos de Derecho Privado, como han sido calificadas generalmente las empresas del Estado.

Por esta razón, creo que esos precedentes no tienen la relevancia que hemos atribuido a las sentencias analizadas en la materia propia de la responsabilidad administrativa, a menos que se vea el asunto desde el punto de vista de la prestación de servicios públicos por vía de concesión.

2.3. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, de fecha 22 de Enero de 1994, Caso Promociones Terra Cardón contra la República.

Se refiere la sentencia indicada al caso de la declaración como Parque Nacional de una extensión de tierra, que incluyó a numerosos fundos, de acuerdo con la Ley Forestal de Suelos y Aguas, que privó al propietario demandante de la posibilidad de explotar legalmente un yacimiento de arena, que venía ya explotando para el momento de la declaración administrativa.

A propósito de este caso, la Corte Suprema reconoció ampliamente la existencia de los principios que rigen la llamada responsabilidad administrativa sin falta o por sacrificio particular, y estableció un marco de referencia general para la misma.

Veamos:

- a) Reconoce la Corte que "la creación de parques nacionales priva, de manera singular, a los propietarios de facultades esenciales de su derecho de propiedad, que exceden de la simple obligación de soportar o padecer tales limitaciones generales al dominio". Lo cual justificaria la expropiación de los fundos afectados, en el supuesto del Artículo 15 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas, pero que aún fuera de esa hipótesis justificaria el deber de indemnización de la República por causa de las limitaciones al uso de la propiedad derivados del régimen de parques nacionales, por cuanto el beneficio colectivo derivado de ese régimen no tiene por qué sacrificar individualmente a ningún sujeto sin compensación.
- b) La decisión traza un paralelismo entre la hipótesis de la expropiación y la hipótesis de las limitaciones a la propiedad derivadas del régimen de parques nacionales y considera que estas últimas configuran el supuesto de resarcibilidad establecido en el Artículo 63 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, para aquellos daños ciertos, efectivos, individualizados, actuales y cuantificables, derivados de limitaciones que desnaturalicen al derecho de propiedad. Para corroborar ese paralelismo, basta leer que la misma norma ordena la aplicación de los criterios establecidos en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, aunque no haya expropiación o extinción del derecho de propiedad.
- c) Observa la Corte que las normas de la Constitución (Artículos 206 y 46) establecen los fundamentos de la responsabilidad de la Administración Pública por los daños causados a los particulares, aún por sus actos lícitos. Pero seguidamente enfoca el asunto en relación con los daños causados al derecho de propiedad específicamente, garantizado en el Artículo 99 de la Constitución, e invoca decisiones precedentes de la misma Corte en materia de regulación municipal del derecho de propiedad de la tierra urbana (Sentencias de la Corte en Pleno de fechas 10-08-77, 16-07-80, 16-12-81 y de 11-02-92). En particular, reproduce la sentencia comentada el fragmento siguiente:



"La garantía constitucional del derecho de propiedad exige que el Estado pague una justa indemnización al propietario, no sólo en caso de expropiación propiamente dicha, o sea, cuando coactivamente se le obligue a ceder su propiedad, sino también cada vez que se le prive de una utilidad, queden gravados sus bienes con una servidumbre o sufra daño permanente que derive de la pérdida o disminución de sus derechos. Así lo disponen expresamente los Artículos 101 de la Constitución y 36 y 37 de la Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social".²⁰

Se debe destacar que la Corte, en la sentencia ahora analizada y en los precedentes por ella citados, fundamenta en una interpretación expansiva de la garantía constitucional del derecho de propiedad la resarcibilidad de toda restricción o limitación que "afecte la esencia misma" de ese derecho hasta el punto de desnaturalizarlo. En esta misma línea interpretativa otorga un significado extensivo a la indemnizabilidad de la "privación de utilidad" prevista en la Ley de Expropiación, que podría coincidir con los daños producidos por las intervenciones legítimas del Poder Público en el patrimonio del ciudadano, cuya resarcibilidad ha reconocido desde hace muchos años el Derecho Alemán.²¹

20. Ver: Sentencia de la Corte en Pleno, de fecha 11-02-92, Caso Ordenanza Especial de Zonificación del Sector El Rosal, Municipio Sucre del Estado Miranda. Años antes, en fecha 10-08-77, el Máximo Tribunal había acogido el fundamento del sacrificio particular como soporte de la responsabilidad patrimonial del Estado del modo siguiente: "Sin embargo, el poder de restringir la propiedad tiene también un límite, más allá del cual las obligaciones de hacer, de no hacer o de dejar de hacer en que consisten las restricciones constitucionales antes citadas, pueden afectar en sus elementos esenciales el derecho de propiedad y constituir para el propietario no una limitación razonable sino un intolerable sacrificio del interés individual al colectivo, cuya reparación exige, por mandato del constituyente, una justa indemnización". Ver al respecto los interesantes comentarios de Héctor Turuhpial Cariello, en su obra "La responsabilidad extracontractual del Estado por actuaciones conforme a la Ley", Caracas 1995, pp. 197 y siguientes. Para el adecuado estudio del deber de indemnización del Estado por las limitaciones al derecho de propiedad se recomienda la obra citada supra de Ernst Forsthoff, pp. 426 y siguientes.

21. El autor venezolano Héctor Turuhpial Cariello ha dicho con respecto a esta sentencia lo siguiente: "...La sentencia, en consecuencia, asienta el criterio de la responsabilidad patrimonial del Estado en las actuaciones que, desarrolladas bajo la cobertura de la Ley, incidan desnaturalizadamente en el derecho de propiedad o en sus atributos o funcionalidad, circunstancia de hecho que corresponderá analizar al órgano jurisdiccional en el momento histórico determinado en el que se invoque la incidencia negativa. Ello significa, por otra parte, que aún cuando puede sostenerse la existencia del núcleo esencial del derecho de propiedad, no puede hablarse de un núcleo inamovible e inmodificable que enuncie de una vez y para siempre el conjunto de facultades que lo configuran, dependiendo tal enunciación, por el contrario, del momento histórico en el cual el derecho de propiedad se vea agredido". Ver: Obra citada supra, p. 204.

Cabe señalar a este respecto que el supuesto de la "privación de utilidad" indemnizable ha estado en la Ley de Expropiación vigente desde hace cincuenta años, pero dicha privación era interpretada restrictivamente como una eventualidad accesoria a un procedimiento concreto de expropiación. Hoy día, con base en la sentencia analizada, se podría sostener que esa indemnizabilidad por "privación de utilidad" debe ser interpretada extensivamente y aplicable, en principio, a todo supuesto de disminución del derecho de propiedad producido por un acto lícito del Poder Público o por el ejercicio legítimo de una potestad lesiva.²²

d) La decisión analizada se esfuerza por presentar el caso resuelto como un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado por acto legítimo y no como una hipótesis específica de indemnización de Derecho Público, con el propósito no disimulado de abrir camino al pleno reconocimiento de esa responsabilidad, no sólo por acto ilícito sino también por acto lícito. A pesar de que para acordar la indemnización solicitada le habría bastado con una interpretación extensiva de las normas constitucionales y legales mencionadas.

e) Sí bien es cierto que no todo daño resarcible parte de la violación del derecho de propiedad, puesto que hay otros bienes jurídicos cuya lesión podría ser objeto de indemnización o de otra medida de restablecimiento de las situaciones vulneradas, conforme a la norma del Artículo 206 de la Constitución; no es menos cierto, que la cobertura que ha dado la sentencia analizada a la lesión del derecho de propiedad por parte del Poder Público hace posible el pleno desarrollo del concepto de responsabilidad administrativa sin falta o por sacrificio particular en Venezuela.

22. Como ha afirmado el autor italiano Renato Alessi "...prevalece hoy decididamente la solución de que en todo caso de sacrificio de derechos privados por parte de la Administración Pública, ésta se encuentra obligada a indemnizar al particular titular del derecho, aunque falte una norma que prevea expresamente la indemnización...". Añade Alessi que "...en líneas generales, el principio de justicia distributiva que exige la equitativa repartición entre todos los ciudadanos de la carga derivada de la producción de una utilidad pública; así como también el principio que condena los desplazamientos patrimoniales que se resuelven en el injusto enriquecimiento de un sujeto con daño de otro...", fundamenta en todos los casos la indemnización por sacrificio derivado de daño lícito causado por la Administración Pública. Ver: Obra citada supra, p. 132.



2.4. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, de fecha 07 de Octubre de 1993, Caso Laboratorios Sánalo contra la República.

Se refiere el caso a demanda por responsabilidad patrimonial de la República interpuesta por una empresa de fabricación y comercialización de medicamentos que había recibido conformidades de importaciones y certificados de disponibilidad de divisas, para adquirir del Banco Central de Venezuela a cambio preferencial (subvencionado) las divisas necesarias para la importación de insumos y fármacos. Antes de la venta de las divisas fué modificada legislativamente la paridad monetaria y cambió el régimen jurídico en la materia, razón por la cual las autoridades cambiarias se negaron al suministro de las divisas al cambio preferencial.

En esta sentencia se resume la jurisprudencia nacional en materia de responsabilidad del Estado por daños derivados de la modificación de la paridad cambiaria de la moneda nacional con las monedas extranjeras y se establecen los criterios siguientes:

- a) Confirma la Corte que "...la legislación monetaria, que pertenece al Derecho Público, atinente a la soberanía del Estado, puede ser alterada y de hecho lo es, cuando determinadas circunstancias económicas así lo aconsejen, pero frente a esta modificación no es posible hacer valer derechos adquiridos, pues ello involucraría desconocimiento del Poder Nacional y la colectividad..." (Sentencia de la misma Sala, de fecha 16-11-65, Caso Automóvil de Francia C.A. Subrayado mio).

La Corte enfatiza la idea anterior al expresar que es contrario a los principios que informan la actividad monetaria del Estado el sostener que cualquier sujeto pueda invocar, en razón de normas derogadas, un derecho adquirido a comprar divisas al tipo de cambio aplicable antes de cada modificación de la paridad cambiaria. Reitera que esta última siempre será modificable por el Estado, en virtud de que se trata de una materia atinente a la soberanía del Estado. Añade que el riesgo cambiario es una función que no corres-

ponde al Estado, luego éste no puede garantizar ninguna tasa fija para la compra y venta de divisas.²³

b) Queda comprobado con este fallo y con todos los que le han precedido en la materia cambiaria, que aún subsiste en Venezuela y en la casi totalidad de los países la aplicación marginal de la irresponsabilidad del Estado, o más propiamente la inexistencia de derecho a compensación en el Derecho Interno por actos soberanos productores de daños.

Esta situación de la materia cambiaria y de otras inherentes a la estabilidad del Estado, como las graves perturbaciones del orden público, tienen igual tratamiento en la generalidad de los países del mundo civilizado, porque implican enormes riesgos económicos que difícilmente pueda soportar la organización estatal. Muestra palpable de ello la encontramos en la propia norma del Artículo 47 de la Constitución, en la cual se excluye la responsabilidad de la República y demás entes públicos territoriales por los daños producidos a los particulares por los usurpadores del Poder Público.

IV CONCLUSIONES

No debería terminar esta exposición sin hacer una apretada síntesis de las conclusiones que de la misma se derivan, con la finalidad de contribuir a

23. El autor venezolano Héctor Turuhpial Cariello señala que la jurisprudencia nacional ha sido cambiante en lo que respecta a la indemnizabilidad de los perjuicios causados por la política monetaria del Estado, del modo siguiente: "Las actuaciones ablativas o restrictivas de la libertad de industria y comercio particular, desarrolladas por el Estado Venezolano, sin embargo, han recibido tratamiento contradictorio por la jurisprudencia del Máximo Tribunal, resultando ello ostensible en materia de legislación monetaria y política de ordenamiento o planificación económica, en cuyo ámbito la Corte Suprema de Justicia ha sido, en ocasiones, tajante en descartar cualquier responsabilidad ante perjuicios causados a particulares por la alteración de la política monetaria y en otras ha reconocido la existencia de derechos adquiridos lesionados por la actividad normativa del Ejecutivo o del Legislativo. Las impugnaciones en este ámbito se han presentado frecuentemente bajo el alegato de la aplicación retroactiva de textos legales que extinguen o modifican situaciones jurídicas que los particulares consideran patrimonializadas subjetivamente bajo la forma de derechos adquiridos...". Ver: Obra citada supra, p. 186. Turuhpial señala la contradicción entre las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de fechas 09-04-87, (caso PROTINAL, C.A.) y 05-03-90 y 07-10-93 (casos Automóvil de Francia, C.A. y Laboratorios Sána-lo, C.A., respectivamente). En la primera decisión se admiten los derechos adquiridos en la materia, mientras que en las dos siguientes se rechazan.



la consolidación de los logros científicos de estas Jornadas. Lo cual me propongo hacer del modo siguiente:

1º) En el Derecho Positivo Venezolano, al igual que en muchos Ordenamientos Jurídicos del mundo civilizado, se ha dado el fenómeno histórico de la resistencia del Poder Público al vínculo de la responsabilidad por los daños producidos por sus agentes, por causa de la supremacía de ese Poder y de la especificidad de su organización.

2º) El mencionado fenómeno, que estuvo en la base de la antigua doctrina de la irresponsabilidad del Estado, dió lugar a la concepción autónoma de la responsabilidad administrativa, como una posición intermedia entre la negación de la responsabilidad y el sometimiento del Estado a las reglas universales del Derecho Privado.

3º) La responsabilidad del Estado ha oscilado históricamente entre los polos de la Justicia Conmutativa del Derecho Privado y de la Justicia Distributiva del Derecho Público. En Venezuela, el lento desarrollo de la materia se ha debido al predominio anticipado y exagerado que dió el Estado a la distribución de riquezas en su posición frente al ciudadano (paternalismo); mientras que en Colombia es ahora cuando la responsabilidad del Estado avanza hacia el polo distributivo y esa responsabilidad tiende a ser absorbida por la seguridad social, con inquietud para las finanzas públicas.

4º) En el presente, el régimen jurídico de la responsabilidad del Estado busca el equilibrio entre la Justicia Conmutativa y la Justicia Distributiva dentro de un Estado de Derecho más evolucionado. Esta búsqueda del equilibrio ha dado lugar a un sistema sincrético o con fundamento múltiple del deber de resarcir los daños ocasionados por los agentes públicos a los ciudadanos; el cual ha asumido la culpa en todas sus modalidades, el riesgo objetivo, el sacrificio particular, la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas y hasta la solidaridad social como fundamentos de ese deber, según las áreas de actividad o en modo combinado.

5º) La jurisprudencia nacional ha tenido un notable desarrollo en la materia en los últimos tiempos, a pesar del escaso número de reclamos intentados por las víctimas ante los órganos jurisdiccionales competentes. Ha llegado a plantear la responsabilidad con

falta y la responsabilidad sin falta como la gran bipartición de la materia, a fin de dar cobertura indemnizatoria plena tanto a los daños ilícitos como a los daños lícitos provocados por los agentes públicos. Igualmente, tiende a dar aplicación directa a las garantías constitucionales que dan base a la responsabilidad del Estado y da muestras de querer liberarse del condicionamiento legalista que ha subordinado a la jurisprudencia nacional en la materia.

6º) Aunque no hay lugar a dudas en la conciencia jurídica general acerca de las particularidades notorias del régimen de la responsabilidad extracontractual del Estado, existe también opinión mayoritaria acerca de la aplicabilidad supletoria del Derecho Privado a aquellas áreas de la actividad pública donde no existan normas o principios propios que gobiernen la responsabilidad de las organizaciones públicas, con el objeto de no dejar aspecto alguno de la materia a la discrecionalidad de los funcionarios y dar reconocimiento a la plenitud del Ordenamiento Jurídico. Esta opinión se ve reforzada por el fenómeno común al Derecho Privado y al Derecho Público que algunos denominan como la socialización de la responsabilidad de las grandes organizaciones, donde la visión colectiva del problema tiende a prevalecer sobre la visión individual, aún en los sistemas más liberales.²⁴

24. Con respecto a las importantes transformaciones sufridas por el Derecho de Daños o responsabilidad civil ha dicho el conocido autor W. Friedmann: "...El crecimiento incesante del principio de la responsabilidad social por daños no se debe a ningún cínico abandono del principio de la responsabilidad individual, sino al grado en que millones de individuos se encuentran expuestos a accidentes que ocurren en fábricas, carreteras, aeroplanos o a la amenaza del desempleo. Los progresos de la idea de la responsabilidad social contra la de la culpa individual no se ha expresado, sin embargo, de un modo completo en la sustitución de la responsabilidad individual por la responsabilidad estricta. En una gran proporción, se ha expresado en la transformación gradual de la misma idea de culpa en lo que puede llamarse objetivación de la responsabilidad por culpa.. La transformación del sentido de negligencia, la eliminación casi completa de factores morales en favor de normas objetivas de conducta —y el hecho de que éstas afecten en su mayor parte a personas corporativas y no a personas individuales— han contribuido en mucho a cambiar el carácter de la responsabilidad por culpa en el campo más importante del derecho de daños tanto como el progreso de la responsabilidad estricta como tal". Ver: "El Derecho en una sociedad en transformación", W. Friedmann, México, año 1966 pp. 143 y 144. Por su parte el autor venezolano Carlos Eduardo Acedo Sucre ha dicho que el fundamento de la culpa en la responsabilidad vuelve a encontrar acomodo dentro de la llamada responsabilidad objetiva, como un fenómeno de reequilibrio de los fundamentos éticos y sociales de la responsabilidad en las grandes sociedades. Ver: "La función de la culpa en la responsabilidad por hecho ilícito en el Derecho Venezolano comparado con los Derechos Francés e Italiano", Caracas, año 1993 pp. 26 y 27.

**LA RESPONSABILIDAD
EXTRA CONTRACTUAL DE LA
ADMINISTRACION PUBLICA**



LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

**Por Josefina Calcaño de Temeltas
Magistrado de la Corte Suprema de Justicia**

Se ha escrito tanto sobre el tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública que, en ocasiones, pareciera, para los estudiosos, agotado el análisis de tan importante figura jurídica. Simple apariencia, desde luego, porque la dinámica administrativa y, en general, la del Estado en cualquiera de las ramas de su triple manifestación de voluntad, así como el proceso evolutivo de los pueblos -salvo los casos de regresión conocidos- que demanda adecuación de sus instituciones jurídicas a las necesidades de los nuevos tiempos, ofrece un campo profundo de análisis y reflexión a nivel teórico o doctrinario y el surgimiento de importantes soluciones en diferentes ordenamientos jurídicos positivos.

Prueba de lo antes dicho la encontramos en la sólida ponencia presentada por el Profesor Juan Carlos Henao, quien no sólo ha enriquecido el tema con el examen exhaustivo de la novedosa figura de la "conciliación administrativa" de reciente data en el derecho colombiano, sus matices e implicaciones, bondades y riesgos, lo que, per se, colma el propósito de estas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, cual es, según entiendo- crear un canal de retroalimentación o feed-back de experiencias locales de los participantes sobre los temas jurídicos asignados a fin de estimular su análisis y comprensión e, incluso, la posible recepción de las mismas en el plano legislativo interno, sino que, además, el autor de la ponencia desde el comienzo nos ofrece un enfoque original del problema de la responsabilidad patrimonial del Estado al examinarla desde una perspectiva sociológica-jurídica.

Partiendo de esa visión de la sociología jurídica el Profesor Henao considera primordial centrar el análisis en la tipología de hechos dañinos que se atribuyen al Estado y el tipo de resarcimientos que produce, lo cual

determinar fa el nivel de cubrimiento de la responsabilidad en cada país "en la medida en que la responsabilidad es el espejo mismo del Estado".

En esa línea metodológica de su exposición, el Profesor Henao aporta elementos estadísticos importantes del fenómeno de la responsabilidad estatal en Colombia, resaltando la incidencia presupuestaria significativa y negativa que acusa en el rubro de "gastos de funcionamiento" de la administración, por cuyo concepto en este año, únicamente por costos directos y a nivel central (sin incluir Departamentos y municipios, ni tampoco los derivados indirectos- hechos dañinos no cubiertos por la indemnización; costas del litigio- indexación del dinero, etc.) alcanza la suma equivalente a doscientos ochenta y tres millones de dólares norteamericanos (\$ 283), situación que lo alarma y preocupa porque actúa en desmedro de los gastos de "inversión" que el que -afirma-, realmente, marca el desarrollo de un país.

Para quien les habla, las cifras suministradas por el ponente, lejos de producir angustia, son reveladoras de un alto grado de desarrollo del principio de la "tutela judicial efectiva" en Colombia pues supone la existencia de previsiones sustantivas y mecanismos adjetivos idóneos para hacer tangible el resarcimiento patrimonial a los particulares por los hechos dañinos causados, sea por la actuación legítima o normal de la Administración, sea por el funcionamiento anormal de los servicios públicos.

En efecto, aunque un estudio de esa naturaleza sociológico- jurídica no ha sido nunca -que yo tenga conocimiento- emprendido en nuestro medio, si se hiciera seguramente no reflejaría idéntico o similar resultado que el del vecino país. Y ello porque en Venezuela el nivel de cobertura pecuniaria generada en responsabilidad del Estado, es bastante irrisorio. Claro que podría aducirse que esa circunstancia, en lugar de preocupante resulta halagadora por demostrativa de bajos índices de hechos estatales dañinos al patrimonio de los particulares. Pero, lamentablemente, no es así.

Por tanto, en Venezuela, habría que abordar el tema desde una postura inversa a la de la realidad colombiana: no nos preocupa, como allí, que en el presupuesto nacional de gastos ocupe una alta cuota el rubro de las indemnizaciones a los ciudadanos. NO. Lo inquietante es que ese renglón



del gasto estatal no sea más abultado, o por carencia de medios efectivos para exigirla, o por inconsciencia o mala fe de las autoridades para atender las justas reclamaciones de los administrados, o, tal vez peor, por desconocimiento de los particulares de las vías jurídicas de que disponen para hacer valer sus derechos conculcados. Por cualquiera de estas causas, o por acumulación de todas, lo cierto es, entonces, que nuestro país presenta un bajísimo grado de desarrollo en un instituto jurídico tan consustancial al Estado de Derecho, como es la responsabilidad del Estado.

Y sobre este punto, debo admitir con sonrojo que un pesado fardo de culpa recae -mi persona incluida- sobre la jurisprudencia patria, escasa y rezagada sobre la materia. Ejemplos ilustrativos sobran. O quizás mejor, silencios ilustrativos abundan. Porque de eso se trata, que la jurisprudencia -sin excluir la suprema- ha soslayado, referencia alguna a importantes cuestiones hoy de casi universal aceptación en el tratamiento del tema, como por ejemplo, la admisión del régimen de responsabilidad directa e integral del Poder Público en cualquiera de sus ramas, administrativa, legislativa o -judicial, sea en el supuesto de su actuación legítima, en cuyo caso la procedencia de la reparación deviene de la ruptura del principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas (sacrificio particular), como en la hipótesis de funcionamiento anormal de los servicios públicos o responsabilidad por falta.

Pero si el panorama desolador descrito acontece en lo que atañe a la responsabilidad del Estado-administrador, pese a la existencia de normas constitucionales y legales claras y precisas que le dan sustento (v.g. artículos 47 y 206 Constitución), qué decir puedo respecto a dos campos de la actividad estatal, la del Estado-legislador y la del Estado-Juez, que carecen de regulación específica y en los cuales la exigencia de responsabilidad resulta inédita.

En efecto, en cuanto al Estado-legislador, es ahora cuando por vez primera se contempla en la proyectada reforma a la vigente Constitución de 1961, la incorporación en su texto de una disposición que establece la "responsabilidad del legislador por la inconstitucional omisión de la Ley prevista en la Constitución". declaratoria de responsabilidad que se atribuye a una Sala Constitucional cuya creación, también por vez primera entre nosotros, ha sido igualmente prevista por el reformador constitucional.

La inclusión de ese dispositivo constitucional fue sugerida por la Plenaria de la Corte Suprema de Justicia en Informe presentado al Parlamento en el mes de mayo de este año, contentivo de las observaciones y recomendaciones que fueron requeridas al Supremo Tribunal en tomo a las propuestas de reforma constitucional en el Capítulo referente al Poder Judicial.

No obstante, debemos reconocer que la fórmula propuesta por la Corte y acogida por la Comisión parlamentaria, a pesar de que constituye un paso adelante en la configuración de la teoría de la responsabilidad global del Estado en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, tal como aparece expresada en el proyecto, no responde eficazmente a tal desiderátum, en virtud de que la responsabilidad del legislador por inconstitucional omisión de legislación oportuna, sólo representa una arista -sin duda muy importante- de la gama de posibilidades de enjuiciamiento de la conducta del órgano legislativo. Así, en efecto, en un número cada vez más creciente de países, especialmente europeos (Alemania, Italia, España) se admite la potestad del órgano judicial de control de constitucionalidad de los actos del Poder Público de declarar no solamente la inconstitucionalidad de la emisión tardía del texto normativo, sino también la omisión absoluta de la ley exhortada por el constituyente (como es el caso en Venezuela, 35 años sin ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa prevista en el artículo 206 de la Carta Fundamental), o cuando aunque la ley se haya producido y lo haya sido oportunamente, sin embargo su articulado sea insuficiente para cubrir todas las hipótesis que constituyen el objeto del texto normativo, como sería en el caso propuesto que la ley que regulara la jurisdicción contencioso-administrativa únicamente estableciera la estructura organizativa de esa especial jurisdicción, omitiendo procedimientos, ejecución de sentencias, etc.

Estos serían únicamente supuestos constitutivos de responsabilidad del legislador por falta. Pero el derecho comparado, incluyendo a Colombia, nos ofrece múltiples ejemplos reveladores de que muy atrás en el tiempo y en las ideas ha quedado la tesis de Laferrière expresada hace exactamente un siglo (Tratado de la Jurisdicción Administrativa - París - 1896) según la cual "los daños causados a los particulares por medidas legislativas no les abren ningún derecho a indemnización" porque -a su decir- la Ley "es un acto de soberanía y lo propio de la soberanía es de imponerse a todos sin compensación", postura superada para dar paso, proceso evo-



lutivo mediante, a la hoy casi universalmente vigente, que propugna, como dijimos, el reconocimiento de la responsabilidad *integral* del Estado en una *doble vertiente*: la responsabilidad del Poder Público en todas sus manifestaciones (administrativa, legislativa o judicial), y que esa responsabilidad no sólo está comprometida por actuación culposa o dolosa del órgano público de que se trate (responsabilidad por falta o por funcionamiento anormal), sino que se extiende incluso a su actuar legítimo (responsabilidad sin falta o por sacrificio particular).

En este último supuesto es modélica la jurisprudencia francesa y española, que, en más de una ocasión, a pesar de declarar la constitucionalidad de una ley, han acordado compensación económica a los administrados afectados por la ley (v.g. en España, sentencias tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo que se pronunciaron con motivo de reclamaciones indemnizatorias contra leyes que adelantaron la edad de jubilación forzosa de los funcionarios públicos, en el sentido de declarar la conformidad de tales leyes con la Constitución, pero que ello no impedía "señalar que esa modificación legal origina una frustración de las expectativas existentes y en determinados casos perjuicios económicos que pueden merecer algún género de compensación").

Y el fundamento de esta responsabilidad sin falta del órgano legislativo se resume en otra decisión española, esta vez de la Audiencia Territorial de Valencia (Sala de lo Contencioso- Administrativo 09-05-1988), así:

"La doctrina de la responsabilidad del Estado-legislador encuentra su fundamento en la producción de un perjuicio anormal y especial en la esfera jurídica de alguno o algunos administrados, perjuicio que supera entonces el nivel de tolerabilidad de las cargas comunes que implica la convivencia social y que todos debemos soportar. Cuando el daño sufrido adquiere esa dimensión, el perjuicio se convierte en antijurídico, definiendo una lesión resarcible. Esta lesión o perjuicio antijurídico se puede causar perfectamente a través de una norma de rango legal". (Ver referencias jurisprudenciales en: Ortiz Alvarez, Luis A.: "La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública - E.J.V. Caracas - 1995 - pg. 189 y 190).

Es evidente que la futura recepción en nuestro ordenamiento constitucional del instituto de la responsabilidad del Estado-legislador -aún en la forma incipiente actualmente concebida- planteará problemas delicados de interpretación acerca de su alcance y modalidades de aplicación, que corresponderá a la jurisprudencia constitucional dilucidar. Uno de ellos,

quizás el primero, es el de la legitimación pasiva, que tal vez no ofrezca mayor dificultad de aclaración cuando se trata de la responsabilidad del Estado-legislador sin falta o por sacrificio particular, pues en tal hipótesis responderá la entidad pública y la indemnización se imputará al presupuesto de gastos nacional. Pero la situación puede variar si la reclamación se sustenta en la falta o culpa (funcionamiento anormal) en cuyo caso cabe la interrogante de si procede la acción de regreso contra los congresistas que, en su momento, votaron la ley dañina inconstitucional, o contra todos los que conforman el cuerpo deliberante por omisión absoluta de la ley, emisión inoportuna o emisión insuficiente de ley.

En todo caso, son cuestiones que me limito a señalar, para no agotar el tiempo que me ha sido concedido en el marco de esta intervención, sin hacer algunos comentarios sobre la responsabilidad del Estado-juez en Venezuela, que es, como denunciarnos al principio, el otro campo o área de actuación pública, carente de regulación constitucional o legal específica.

Objeto de copiosa doctrina extranjera que desde el siglo pasado se ha ocupado del tema y de concreciones de derecho positivo en otras latitudes, sólo en fecha reciente en Venezuela se ha tomado conciencia del problema y se ha exteriorizado documentalmente la voluntad de abordarlo y resolverlo.

En efecto, en 1992 la Comisión Bicameral designada por el Congreso para acometer la reforma constitucional, propuso agregar a la Constitución un nuevo artículo, con la siguiente redacción:

"La persona natural o jurídica que resulte afectada por error judicial o por retardo u omisión injustificados, podrá solicitar del Estado el restablecimiento de la situación jurídica lesionada y el pago de los daños y perjuicios, conforme a la ley. Queda a salvo el derecho del particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o juez y el del Estado de repetir contra estos".

Posteriormente, en 1994, la Subcomisión especial del Senado encargada de la revisión del Título relativo al Poder Judicial de la Constitución vigente, modificó la redacción de dicho artículo, así:

"La Ley regulará la responsabilidad de los magistrados y jueces por error judicial inexcusable, retardo u omisión injustificada".



Esta fue la fórmula respaldada por la Comisión de la Corte que, bajo mi coordinación, realizara las observaciones al documento remitido a tal fin por el Congreso y la cual, afortunadamente, no fue acogida en el Informe final de la Sub-Comisión Especial del Senado para el Estudio de la Reforma Constitucional del Poder Judicial y del Ministerio Público presentado oficialmente el 22 de octubre de 1996, en el cual se recoge la proposición original formulada por la Comisión Bicameral en 1992, que ya he leído. Y dije "afortunadamente no fue acogida la recomendación de la Corte" porque fruto de mayor reflexión encuentro evidente que la formulación plasmada ahora en el documento oficial resulta la más acertada al establecer de manera indubitable y no presunta la responsabilidad directa del Estado por los prejuicios sufridos por los particulares como consecuencia de la actividad -o inactividad- de una categoría de funcionarios a su servicio.

Sin embargo, para atenuar el rigor de esta rectificación pública a mi anterior postura, debo advertir que la frase que aparece adicionada al referido artículo según la cual "El Estado es responsable por el anormal funcionamiento del servicio de la administración de justicia" fue propuesta por la Comisión de la Corte, y que con esa previsión se pretenda cubrir precisamente los supuestos de sentencias judiciales que se demuestren erróneas o que sean producto de omisiones o retardos injustificados en el transcurso de un proceso, porque, en definitiva, en la ocurrencia de tales hechos resulta comprometida la responsabilidad estatal frente a los particulares, sea por no haber provisto de recursos humanos y materiales suficientes a los tribunales, lo cual impide o dificulta la correcta administración de justicia, sea por no haber seleccionado adecuadamente personal idóneo en la judicatura.

Y muchas otras situaciones derivadas de la mala o defectuosa organización del servicio público de la justicia, caben dentro del contencioso extracontractual contra la Administración Pública, gestora del aparato burocrático de la justicia. Así, para citar sólo algunos ejemplos, las reclamaciones fundadas en la pérdida de un litigio por imposibilidad material de acceder a los recintos judiciales (como es el caso tantas veces denunciado del problema de los ascensores en el Palacio de Justicia)- o que opere la caducidad de un y recurso al no poder introducirlo oportunamente por huelga de los funcionarios o empleados judiciales motivado a que la Administración no haya suplido sus necesidades básicas o las del

servicio. Y por supuesto que dentro de este catálogo hay que incluir prioritariamente la responsabilidad por la crisis penitenciaria, en la cual se encuentra comprometida tanto la del Estado como entidad jurídica, como la de los administradores de la justicia.

Es cierto que la previsión contemplada en los términos expuestos en la reforma constitucional resulta aun imperfecta, por no incluir de forma expresa el otro presupuesto fundamental de la teoría de la responsabilidad del Estado, como es la obligación de responder, directa e integralmente, de los hechos que resulten dañinos a los ciudadanos por la actividad desplegada por el Poder Público sin imputación de falta, sino en virtud de la quiebra, para el particular afectado, del principio de igualdad ante los cargos públicos. No obstante, debemos celebrar que, aun con esa limitación, se abre un camino significativo de interpretación extensiva que la jurisprudencia no podrá desdeñar.

En todo caso, siempre he sostenido (vid. J.C.de T. "El Contencioso-Administrativo: Puntal de la Democracia". Publicación Corte Suprema de Justicia, pag. 21) que con base en el principio de la responsabilidad genérica del Estado consagrado en el artículo 47 de la Constitución, reforzado por el 206 ejusdem, no hace falta texto expreso para admitir en Venezuela una acción o recurso dirigidos a obtener reparación del Estado, ya bajo el régimen de responsabilidad por sacrificio particular, ya bajo el régimen de responsabilidad por funcionamiento anormal.

Si el marco jurídico existe y no se activa, es por las deficiencias que imputáramos a nuestro sistema al comienzo de esta intervención. Ojalá que eventos como el que hoy culmina sirvan para incentivar la cultura jurídica de los venezolanos y expansivamente, para que las instituciones y altas autoridades del Estado tomen conciencia de su obligación de respetar las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos y repararlas responsablemente en caso de quebrantamiento por cualquier motivo.

Cuando ello ocurra habremos dado un paso hacia adelante en la ruta hacia el desarrollo.

**LAS FORMAS DE LA ACTIVIDAD
ADMINISTRATIVA Y LA TEORIA DE
LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS**



**LAS FORMAS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y LA
TEORIA DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS**

**Por Henrique Meier
Ministro de Justicia**

**I.
INTRODUCCION**

El tema de las formas de la actividad administrativa, es decir, de las modalidades que adquiere la intervención de la Administración Pública, instrumento del Estado, en las distintas esferas de la vida social, requiere ser examinado a la luz de la teoría de las potestades administrativas.

Y es que uno de los principios esenciales del Estado Democrático de Derecho, el principio pro-libertad o "*favoris libertatis*", que es al mismo tiempo un valor superior del orden social integral, y cuyas normas garantizadoras figuran en la Constitución, postula la ineludible exigencia de que la intervención de la Administración Pública en cualesquiera de las esferas de los derechos, intereses y actividades de los miembros del cuerpo social, personas naturales y jurídicas, responda a una causa legítima, a una razonable justificación, a fin de proteger al ciudadano, a las corporaciones privadas y " la sociedad en general, de la innata tendencia del Estado a la radicalización de su poder de sometimiento o sujeción.

Esto nos lleva a planteamos, así sea en forma escueta el concepto de título de potestad.

**II.
APROXIMACION AL CONCEPTO
DE TITULO DE POTESTAD**

Siguiendo al administrativista español JM de la Cuétara, (autor que ha destinado parte importante de su obra al tema de potestades administrativas), para llegar al núcleo del elemento material de los títulos de potestad, es conveniente partir de ejemplos de la vida real que nos permitan

apreciar el hondo significado de los "hechos de trascendencia colectiva" que legitiman la existencia de los poderes jurídicos de actuación de la administración.

El típico ejemplo utilizado para explicar "esos hechos primarios, generadores de potestades" (JM de la Cuétara), es el caso de la trama urbanística a la que aluden García de Enterría y Parejo Alfonso en sus "Lecciones de Urbanismo" -Los autores en cuestión, para hacer comprender el significado y alcance de los títulos de potestad que justifican las competencias urbanísticas (El urbanismo como "función pública" o administrativa) razonan del siguiente modo:

a) Los derechos al desarrollo de un conglomerado urbano (la que los ingleses denominaran "development reights") se han separado de la titularidad dominical del suelo (es decir, del derecho de propiedad) y se han sustantivado como contenido de una "Competencia Pública" directa; por ello se dice que el urbanismo es una función pública. La Ley Orgánica para la ordenación del territorio (1982) en su artículo 67 establece la "competencia urbanística en orden al régimen del suelo" comprende: la determinación de la utilización del suelo en congruencia con la utilidad pública y la función social y urbanística de la propiedad, el aseguramiento del mantenimiento de una densidad adecuada al bienestar de la población; la imposición de la justa distribución de las cargas y beneficios del plan entre los propietarios afectados; la regulación del mercado inmobiliario a los fines de la edificación y la vivienda; la afectación de las plusvalías del valor del suelo originado por el plan al pago de los gastos de urbanización; la adquisición de terrenos para constituir patrimonios públicos. Tales facultades, según la Ley, "tienen carácter enunciativo y no limitado, y comprende cuantas fueren congruentes con la misma" - Nótese que se trata de una competencia pública directa para regular con especial intensidad la totalidad de la problemática urbana.

b) Ese giro decisivo es fácil de explicar (según los autores mencionados) pues en verdad la localización de una ciudad, su magnitud mayor o menor, su disposición, y su orden, no son en absoluto, ni pueden ser en nuestra compleja civilización hechos privados, en el sentido de que pertenezcan al exclusivo círculo de los intereses de los propietarios del suelo: son más bien, hechos colectivos primarios que interesan a la colectividad entera, en cuanto tal, ya que condicionan su propia vida asociati-



vo y personal de manera directa y a la vez postulan "consecuencias" respecto a la existencia, extensión y disposición de una serie de servicios públicos inequívocamente tales (vías públicas, transporte colectivos, servicios higiénicos y sanitarios, servicios de enseñanza y asistencia social, sistema de dotación de aguas, gas y electricidad, áreas de uso común o colectivo para la recreación y el esparcimiento: Parques y Jardines Públicos, Canchas deportivas, etc; en fin, la calidad de la vida colectiva que implica también la localización de industrias contaminadas fuera del área urbana y el control de las actividades susceptibles de degradar el ambiente, como es el caso de los ruidos nocivos, y la emisión de gases contaminantes a la atmósfera.

Pocos hechos colectivos de más bulto, y por tanto, pocos también respecto de los cuales esté tipificada una "competencia pública", que actúe por modo principal y directo y no por la indirecta y clásica limitación de una libertad privada (Los orígenes del régimen de las limitaciones administrativas de la propiedad urbanística).

c) El urbanismo nuestra como pocos fenómenos sociales, ese carácter de "hecho colectivo primario", de bulto, y que por ende, tiene que ver directamente con la equilibrada organización y funcionamiento de la vida social, lo que justifica, (legítima), una competencia pública directa; que el legislador apodere a unas determinadas administraciones públicas de las potestades ordenadas al control de ese "hecho social" decisivo para garantizar el buen orden en la convivencia.

Surge así también el establecimiento de un Derecho Primario: "El Derecho a la ciudad" (Levebre) un Derecho de Naturaleza colectiva o social que dota a la "organización política" de los medios necesarios para darle cumplida satisfacción (Derecho Urbanístico).

Pero, no es el urbanismo el único hecho primario generador de potestades administrativas. Se recurre a ese ejemplo por su valor didáctico, porque como ya antes se precisó, su naturaleza de hecho colectivo es de una evidencia tal, que no se requiere de mayores comprobaciones.

Podríamos traer aquí otros ejemplos de hechos esenciales para la adecuada organización y dinámica de la vida social (en su amplio significado),

que justifican la existencia de competencias públicas. Como también, y a la luz de ese concepto no sería difícil descubrir competencias públicas innecesarias, injustificadas, por no responder a la más auténtica e insoslayable obligación política primaria de atender al bien común o colectivo, vale decir, lo que designamos bajo el calificativo del interés público.

III. OPERATIVIDAD DEL CONCEPTO TITULO DE POTESTAD PARA VALORAR LOS MODOS O FORMAS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

En esta hora de cuestionamientos de los excesos intervencionistas del Estado, nada más apropiado que la reflexión sobre el contenido fáctico, material de los títulos de potestad, para juzgar - libre de condicionamientos ideológicos - la conveniencia o no de mantener bajo "reserva pública" determinadas actividades económicas y sociales.

Este enfoque metodológico nos conduce inevitablemente a plantear la diferencia entre legalidad y legitimidad.

Por esta vía también no es descartable la posibilidad de deslastrar al Derecho Administrativo de temas que escapan a su objeto primario - y que, por la ilimitada extensión de las actividades de la Administración, hoy forman parte de sus capítulos fundamentales.

Pensemos, en este orden de la reflexión en las actividades económicas del Estado, o como corrientemente se le designa "Estado Empresario" o "Estado Industrial, Banquero, Comerciante, Hotelero", etc.

Asimismo, y en un movimiento contrario, a la inversa, se insiste en la privatización de actividades, hoy sometidas a control estricto del Estado y su administración, vale decir, la transferencia de esas actividades al sector privado, mediante la desafectación del régimen de derecho público al que están sometidas. Es conveniente evaluar ese proceso a partir de la teoría de los títulos de potestad. Basta para comprender la importancia del tema, planteamos por un momento el problema de los servicios públicos y su privatización.



IV. **LOS SERVICIOS PUBLICOS Y SU PRIVATIZACION**

Así como no hay manera de justificar que el Estado, y su administración, sea propietario de Bancos y Hoteles, o de empresas industriales en general - (salvo el supuesto excepcional de la Industria petrolera- dada la importancia del petróleo para la vida económica, política, social e institucional del país) ya que ciertamente la administración de unos hoteles, de unas instituciones financieras; o en fin la producción de aluminio, de productos derivados del hierro, o del petróleo, no atiende a la necesidad política por excelencia de garantizar el buen orden en la convivencia, vale decir, claros e inequívocos intereses públicos; tampoco se pueden justificar que los servicios públicos dejen de ser tales, pasen a ser prestados como cualquier actividad económica - en la que el agente o promotor persigue fines privados, cuando estos servicios, - no porque lo establezca la ley sino por su naturaleza intrínseca, -son actividades articuladas a la satisfacción de necesidades colectivas perentorias y en tal carácter responden al concepto de hechos de trascendencia colectiva- de cuya adecuada atención, depende, -sin duda alguna,- el bien común (el interés público).

En una palabra, la teoría de los títulos de potestad tiene la virtud de permitir una seria y ponderada reflexión sobre el reordenamiento de las actividades del Estado y su administración, y ello no en razones de estricto corte ideológico-político, sino por motivos que derivan de las propias exigencias de los postulados del Estado de Derecho.

Cuál es la justificación de que el Estado Venezolano, por ejemplo, realice por medio de las empresas mercantiles creadas por su iniciativa esas actividades industriales, financieras y comerciales antes reseñadas?; Se vería afectado el equilibrio de la vida colectiva si el Estado transfiriere a particulares el capital social de esas empresas?.

V. **LA HIPERTROFIA DEL ESTADO: CAUSAS**

La única justificación a la hipertrofia administrativa del Estado obedece a la concepción política de un Poder Providencial capaz de proveer los medios para lograr la felicidad de todas sus súbditos, reforzada por la tradición del autoritarismo y del caudillismo en sus diversas variantes, así como

la particular inserción de los partidos políticos modernos en la estructura institucional del Estado: el paternalismo y el clientelismo político. -A la sombra del Estado y su enorme poder económico producto de la riqueza petrolera, se formó una clase política, empresarial y sindical- de fuerte tendencia intervencionista, hostil a la libre iniciativa a la economía de mercado y al pleno ejercicio de los derechos de los particulares. Ello ha servido a los intereses concretos de la corrupción: el tráfico de influencias, el peculado, la obtención de privilegios, prendas, contratos millonarios, créditos a bajo interés y exoneraciones fiscales.

Son los grupos sociales atados al Estado intervencionista, los principales defensores de esa hipertrofia de lo público, pues en la medida en que desaparezca el Estado Banquero, Industrial, Comerciante; en fin, el Estado empresario, no habrá forma de participar en las diversas formas de corrupción, (de enriquecimiento fácil), por el manejo de inmensos recursos económicos y financieros - bajo el pretexto de la acción interventora y conformadora del Estado para el logro del interés colectivo.

En nada se vería afectado el equilibrio de la vida societaria, si definitivamente se elimina la organización empresarial del Estado, para que esas actividades, inherentes si se quiere al normal ejercicio de los derechos económicos de los ciudadanos, sean objeto de una regulación indirecta por la clásica vía de las limitaciones legales a los derechos en cuestión (de propiedad, de libertad de industria y comercio)

VI. LA VIGENCIA DE LA TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO

Más no ocurre así con los "servicios públicos". A pesar de la aparente "crisis de la teoría del servicio público" para dar cuenta de la esencia de la administración pública, de la función administrativa y del derecho que la regula: el derecho administrativo, hoy seguimos echando mano de ese concepto para justificar plenamente, desde un punto de vista que va más allá de la voluntad política del Estado expresado en la Ley formal, el que esas actividades se mantengan bajo control del Estado en un régimen exorbitante del derecho común. Porque - y en ello no hace falta insistir-, no puede quedar librada a la iniciativa de los particulares la satisfacción



oportuna, regular, continua y permanente de unas necesidades comunes a todos los administrados, tal el caso del agua, el gas, la electricidad y la salud.

Y no es que se niegue la posibilidad de participación de los particulares en la gestión de los servicios públicos. La técnica de la concesión administrativa permite a la Administración pública asociar a los particulares a la prestación de los servicios públicos, sin que éstas pierdan su naturaleza de actividades ordenadas a la realización del interés público, y por ende, sometidas a un régimen de derecho administrativo. El ente público conserva sus potestades de regulación y control de la actividad, en particular, la facultad para establecer el régimen de las tarifas que el concesionario puede cobrar como contrapartida a la prestación del servicio.

Los servicios públicos lo son, y en este hay que insistir una vez más, por su naturaleza misma, y no por la pura decisión del legislador o del Poder Ejecutivo. La Ley, o el Decreto-Ley, según los casos, que declare la creación y organización de un determinado servicio público, ha de limitarse a reconocer la existencia de un hecho colectivo primario: las necesidades colectivas de cuya adecuada satisfacción depende la propia existencia de la sociedad y la conservación del orden público. Tal es el caso, por ejemplo, del servicio de dotación o abastecimiento de agua potable a las poblaciones. Las necesidades que colma el agua, articuladas a la conservación de la vida misma (la sed), y a la protección de la salud, necesidades primarias, domésticas, exigen de una actividad inaplazable, actual y urgente. El carácter vital, primario, del servicio de agua potable se hace patente en las situaciones de interrupción de la prestación del mismo (razonamiento por causas climatológicas, - sequías prolongadas -, fallas en los sistemas de aducción, etc.). Y es que este servicio público está ligado a derechos primarios garantizados en la constitución: el derecho a la vida y a la salud,- en fin de cuentas, el derecho a la calidad de la vida.

Tómese cualesquiera de los servicios públicos y encontraremos ese substrato de los derechos constitucionales inherentes a la persona humana, más allá de cualquier otra consideración política, económica o social: la salud, la educación, la seguridad social, la protección de la mujer embarazada, la protección del menor, etc.

Por el contrario, la actividad empresarial del Estado no tiene por objeto colmar esas necesidades colectivas, o de una categoría indeterminada de administrados.

Es absolutamente indiferente para el equilibrio de la vida social que el Agotado administre o sea propietario de una cadena de hoteles, o de unas instituciones bancarias, o sea el único accionista de una empresa que se dedique a la producción de productos derivados de la transformación del hierro o del petróleo para la dación de esos productos al mercado interno o internacional. No hay hecho alguno que justifique la intervención del Estado en esos sectores económicos, salvo la voluntad política del Estado.

Se trata de la concepción voluntarista de la función administrativa según la cual es el Estado por órgano del Congreso o Parlamento el que decide, a su arbitrio, las actividades sometidas a su control y aquellas que corresponden a los particulares. Tal concepción no se compadece con los fundamentos mismos del Estado de Derecho.

VII. LA TEORÍA DE LOS TÍTULOS DE POTESTAD ADMINISTRATIVA Y LAS LIMITACIONES DEL LEGISLADOR

El legislador no es libre de atribuir a la administración no importa que tipo de potestades para intervenir en la vida societaria en forma directa, llevando a cabo bajo su control determinadas actividades, o indirectamente imponiendo limitaciones, restricciones, cargas y prohibiciones al ejercicio de los derechos de los particulares.

La especificidad del Estado de Derecho respecto de otras formas de Estado, se localiza, precisamente, en los límites de las potestades de los Poderes Públicos, comenzando por el Poder Legislativo. El Legistador no es soberano, no dispone de una ilimitada potestad para dictar normas a su antojo. En primer lugar, la Constitución (Supra-Ley) le fija límites infranqueables a la actividad legislativa: la organización de los Poderes Públicos y sus funciones básicas, los derechos, garantías y deberes constitucionales, la naturaleza democrática del régimen político, etc. La Ley sólo puede desarrollar la norma Constitucional y en los términos y modalidades que ésta expresamente establece. De lo contrario, si la Ley infringe esos límites, se hace susceptible de ser anulada por la Corte Suprema de Justicia en pleno,



previo ejercicio del recurso de inconstitucionalidad por parte del Ministerio Público o de cualquier persona natural o jurídica plenamente capaz perteneciente a la categoría jurídica (sujeto de derecho), o cuyo círculo de derechos e intereses genéricos, abstractos o impersonales hubiera sido afectado por la Ley impugnada (arts. 215 CN, 112. LOCSJ, Técnica del Control concentrado de la constitucionalidad de las leyes); o de ser "desaplicada" por cualquier juez de la República en el caso concreto (art. 20. CPC, Técnica del Control difuso de la constitucionalidad de las leyes; cuyos efectos, a diferencia de la declaratoria de nulidad "*erga omnes*" mediante sentencia de la CSJ/CP, se restringen al proceso y a las partes, o de su desaplicación por el juez (control difuso).

Pero, además el legislador debe respetar los principios del "orden jurídico superior" (Principios Generales del Derecho) que están a la base y legitiman la totalidad del ordenamiento jurídico-positivo, aún cuando no hayan sido expresamente previstos en la Constitución. Y uno de esos principios es el de la legitimidad de la intervención estatal. Puede darse el caso que, sin violar abiertamente preceptos constitucionales, el legislador atribuya a la Administración poderes jurídicos de actuación innecesarios que no se justifican en esos hechos primarios, de trascendencia colectiva, vale decir, en un título material de potestad.

Sin ello ocurriera se produciría un divorcio entre legalidad y legitimidad. La actuación administrativa sería legal al fundarse en una ley que la autoriza o habilita; pero sería ilegítima al no responder a la tutela de un auténtico interés público, cuya existencia y configuración precede a la Ley, nace de la realidad social misma, de esos hechos primarios reconocibles por las características que hemos venido puntualizando. La historia legislativa del país conoce de instrumentos legales dictados para proteger indebidamente los intereses de un grupo de presión, o para otorgar poderes a la administración que no se justifican en la tutela del interés público, sino en fines extraños y divorciados del bien común.

Impreso en
los talleres gráficos de
Editorial Torino
Telfs.: (02) 239.76.54, 235.24.31
Fax: (02) 235.43.46
Caracas - Venezuela