

FUNDACIÓN ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

**V JORNADAS INTERNACIONALES
DE DERECHO ADMINISTRATIVO
ALLAN RANDOLPH BREWER-CARÍAS**

**LOS REQUISITOS Y VICIOS DE
LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

-2ª EDICIÓN-

CARACAS, 2005

FUNDACIÓN ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

PRESIDENTE

Belén Ramírez Landaeta

VICE-PRESIDENTE

Gustavo Urdaneta Troconis

SECRETARIA

Norka Moncada Redondo

© *Copyrigh* 2005 *Ediciones Funeda*

Hecho el depósito de Ley

Depósito legal:

IBSN

EDICIONES FUNEDA

*Av. Tamanaco, Edif. Impres, El Rosal,
Caracas - Venezuela*

Teléfonos: 953-19-95 953-26-65

e-mail: funeda@etheron.net



INDICE

<i>Nota Biobibliográfica.</i>	7
Algunos Aspectos del Proceso de Constitucionalización del Derecho Administrativo en la Constitución de 1999. <i>Allan Randolph Brewer-Carías.</i>	21
El Principio de Legalidad y Estado de Derecho. <i>Ana Elvira Araujo García.</i>	39
Los Límites a la Discrecionalidad, la Arbitrariedad y la Razonabilidad de la Administración. <i>Juan Carlos Balzán.</i>	61
El Uso de los Instrumentos del Derecho Privado en la Actividad Administrativa. <i>David Quiroz.</i>	103
La Competencia en la Organización Administrativa.. <i>Luciano Parejo Alfonso.</i>	129
La Competencia sin Desviaciones. <i>Rosibel Grisanti.</i>	157
La Competencia sin Desviaciones (descentralización, desconcentración, delegación). <i>José Valentín González.</i>	177
Incompetencia Manifiesta y Otras Formas de Incompetencia. <i>Beatrice Sansó.</i>	199
Contenido y Objetivo del Acto Administrativo. <i>Sandra Morelli.</i>	227
El Falso Supuesto en los Actos Administrativos. <i>Juan Pablo Cajaville Peluffo.</i>	275

El Falso Supuesto. Miguel Mónaco.	305
La Finalidad de los Actos Administrativos y la Desviación de Poder. Consuelo Sarria.	323
El Vicio de Desviación de Poder en el Derecho Venezolano. Carmelo De Grazia.	349
La Desviación de Poder. Emilio Ramos.	367
La Motivación del Acto Administrativo. Hildegard Rondón Sansó.	399
El Valor de la Publicación como Formalidad Específica de los Actos Administrativos de Contenido Normativo. Gustavo Grau Fortoul.	433
Formas y Formalidades de los Actos Administrativos de los Órganos de la Integración Andina. Jorge Castro Bernieri.	457
Anexos.	479

**NOTA BIBLIOGRÁFICA SOBRE
ALLAN RANDOLPH BREWER-CARÍAS**

NOTA BIOBIBLIOGRÁFICA SOBRE ALLAN RANDOLPH BREWER-CARÍAS

1939 Nace en Caracas, el 13 de noviembre.

BIOGRAFÍA ACADÉMICA

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 Postgrado (Derecho Administrativo), Universidad de París.

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 Asistencia al Seminario para Profesores de Derecho 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 París y Madrid (Problemas constitucionales de la 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, Comisión de Administración Pública, Caracas.
Organizador de la Mesa Redonda del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, 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, París.
- 1974 Profesor Honorario de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.
- 1975 Organizador del Congreso Internacional de Derecho y Administración de Aguas, Caracas.
- 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.
- 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, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas.
- 1981-84 Coordinador fundador de los Cursos de Especialización en Derecho Administrativo, cursos de Postgrado, Facultad de Ciencias Jurídicas

- y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Profesor de la materia Derecho Administrativo Profundizado en dichos cursos de Postgrado y del Seminario sobre el Contencioso de los actos administrativos.
- 1982 Organizador del IX Congreso Internacional de Derecho Comparado, Caracas.
- 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 Cristóbal.
- 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.
- 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-Carías 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-Carías, para el Estudio y la Investigación del Derecho Público, Universidad Católica del Táchira.
- 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.
- 1998 Profesor de Postgrado, Universidad del Rosario, Bogotá
- 2000 Profesor de Postgrado, Universidad del Rosario, Bogotá
Profesor Asociado, Universidad de Paris X, Nanterre
- 2002 Visiting Scholar, Universidad de Columbia, New York

ACADEMIAS, INSTITUTOS Y ASOCIACIONES NACIONALES E INTERNACIONALES

- 1966 Miembro correspondiente del Instituto Latinoamericano de Ciencias Fiscalizadoras.
- 1971 Vicepresidente 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.
- 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.
- 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.
Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado, La Haya, desde 1982.
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.
- 1993 Miembro Honorario del Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita de la Universidad Externado de Colombia.
- 1996 Miembro Honorario de la Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal (O.I.C.I.), España.
- 1996 Miembro correspondiente Extranjero de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- 1997 Miembro Honorario de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales
- 1998 Miembro Asociado Correspondiente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional
Miembro Honorario de la Asociación de Constitucionalistas Colombianos.
- 1999 Miembro de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia.

FUNDACIONES

- 1988 Presidente de la Fundación de Derecho Público desde 1988.
- 1990 Presidente de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana desde 1996.

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 (1976-1970).

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.

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

Miembro de la Asamblea Nacional Constituyente (1999)

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, dedicado a materias propias del derecho público, particularmente, del derecho constitucional, administrativo, urbanístico, municipal.

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).

LIBROS

1964 *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, galardonado con el Premio "Luis Sanojo 1963-1964", Caracas.

- 1965 *El Régimen Jurídico Administrativo de la Nacionalidad y Ciudadanía Venezolana*, Caracas.
Estudio sobre la delimitación de competencias entre el Poder Nacional y el Poder Municipal en materia de Tránsito y Transporte Terrestre, Caracas.
- 1966 *La Expropiación por causa de Utilidad Pública o Interés Social*, Caracas.
- 1967 *Las Empresas Públicas en el Derecho Comparado*, Caracas.
- 1968 *El Régimen de Gobierno Municipal en el Distrito Federal Venezolano*, Caracas.
Les Entreprises Publiques en Droit Comparé, París.
Los Problemas Constitucionales de la Integración Económica Latinoamericana, Caracas.
- 1969 *El Control de las Actividades Económicas del Estado en el Derecho Venezolano*, Caracas.
- 1970 *Una Revolución para el desarrollo*, Caracas
- 1971 *El Estatuto del Funcionario Público en la Ley de la Carrera Administrativa*.
El proceso de regionalización y la reforma administrativa en los Estados y Municipios, Caracas.
Derecho y desarrollo
- 1971 *Aspectos Institucionales del Transporte y Tránsito en el Área Metropolitana de Caracas*, Caracas
- 1975 *Cambio Político y Reforma del Estado en Venezuela*, Madrid.
Derecho Administrativo Tomo I, Caracas.
Un Derecho para el Desarrollo y la Protección de los particulares frente a los Poderes Público y Privado.
(Maracaibo)
- 1975-1979 *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1970 y Estudios de Derecho Administrativo*, 6 Tomos, Caracas.
- 1976 *Derecho y Administración de las Aguas y otros Recursos Naturales Renovables*.
Garantías Constitucionales de los Derechos del Hombre
- 1977 *El Control de la Constitucionalidad de los Actos Estatales*.
- 1978 *Introducción al Estudio de la organización Administrativa Venezolana*.

- La carga de la Prueba en el Derecho Administrativo*, Caracas.
- 1979 *Política, Estado y Administración Pública*, Caracas.
- 1980 *El Régimen Jurídico de las Empresas Públicas*, Caracas.
Estudios sobre la Reforma Administrativa, Caracas.
Urbanismo y Propiedad Privada, Caracas.
Fundamentos de la Administración Pública, Tomo I, Caracas.
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, Caracas.
Instituciones Políticas y Constitucionales. (1ª Edición), Caracas.
El Estado. Crisis y Reforma, Caracas.
- 1983 *La Concepción del Estado en la Obra de Andrés Bello*, Madrid.
La jurisdicción Contencioso-Administrativa en Venezuela,
Caracas.
Sumario de la Constitución de 1961, Caracas.
- 1983-1990 *Estudios de Derecho Público*, Tomo 1, 3 Tomos.
- 1984 *Constitución de 1961, Enmiendas N° 1 y 2*, Caracas.
El Régimen Municipal en Venezuela, Caracas.
- 1985 *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*, Caracas.
Las Constituciones de Venezuela, Madrid.
El Estado Incomprendido, Caracas.
Instituciones Políticas y Constitucionales; 2da. Edición, 2 Vols.,
Caracas.
- 1986 *Estudios de Derecho Administrativo* (Bogotá).
- 1987 *Estado de Derecho y Control judicial (Justicia Constitucional,
Contencioso administrativo y Amparo en Venezuela)*, Madrid.
Reflexiones en España, Caracas.
- 1988 *Problemas del Estado de Partidos*, Caracas
Ley Orgánica de Régimen Municipal, Caracas.
- 1989 *Judicial Review in comparative law*, Cambridge
- 1990 *Los derechos humanos en Venezuela: casi 200 años de historia*,
Caracas.
Principios del Procedimiento Administrativo, Madrid.
- 1991 *La Constitución y sus Enmiendas*, Caracas.

- Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana*, Caracas.
- 1992 *Les Príncipes de la Procedure Administrative non Contentieuse*, París.
Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno, Caracas.
Contratos Administrativos, Caracas.
- 1993 *El amparo a los Derechos y Garantías Constitucionales (una aproximación comparativa)*, Caracas.
Ley Orgánica del Sufragio, Caracas
Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela, Caracas.
- 1994 *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. Estudio de Derecho Comparado*, Caracas.
Régimen Cambiarlo, Tomo I, Caracas.
- 1995 *El Sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá.
- 1996-1998 *Instituciones Políticas y Constitucionales*, 7 Tomos, Caracas.
- 1997 *La Ciudad Ordenada*, Madrid
Reflexiones sobre la Organización Territorial del Estado en Venezuela y la América Colonial, Caracas.
Las Constituciones de Venezuela, Caracas.
- 1998 *Cinco Siglos de Historia y un país en crisis (Estudio para el Discurso de Orden en la Sesión Solemne de las Academias Nacionales el día 7 de agosto de 1998 con motivo de la celebración del V Centenario de Venezuela)*, Caracas
Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional, Caracas.
- 1999 *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Caracas
Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente, Caracas
Debate Constituyente, 3 Tomos, Caracas
- 2000 *La Constitución de 1999*, Caracas.
El Sistema de Justicia Constitucional en la Constitución de 1999, Caracas

- 2001 *El régimen legal de la Ofertas Públicas de adquisición de acciones y de toma de control de empresas*, Caracas.
Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999, Caracas
Etudes de Droit Public Comparé, Bruselas
Reflexiones sobre el constitucionalismo en América, Caracas.
- 2002 *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, México
La crisis de la democracia en Venezuela. La Carta Interamericana y los sucesos de abril de 2002, Caracas.
- 2003 *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Bogotá.

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 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 del Régimen Municipal 1989 (1990)*, *Leyes para la Descentralización Política de la Federación (1990)*; *Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (1996)*, *Ley Orgánica de la Administración Pública (2002)*, *Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social*.

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.

REVISTAS

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

ALGUNOS ASPECTOS DEL PROCESO DE
CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

ALGUNOS ASPECTOS DEL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

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

La Asamblea Constituyente electa en Venezuela a mitades de 1999, elaboró la Constitución de 30 de diciembre de 1999, el más reciente de los textos constitucionales de América Latina, en la cual, además, como ha sucedido en otros países, como en Colombia¹ se ha producido un proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo como nunca antes se había operado en el país, y que queremos comentar en estas notas.

En efecto, es indudable que entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo existen todos los vínculos imaginables. Ambos son, ante todo, derechos estatales, teniendo el derecho administrativo un conjunto de bases constitucionales, que son las mismas bases del Estado contemporáneo y que, en general, en el mundo occidental, corresponden a lo que se ha venido denominando el Estado Social y Democrático de Derecho, terminología acuñada desde hace décadas por las constituciones europeas, recogida en la Constitución colombiana de 1991, (art. 1) y que ahora adopta la Constitución de Venezuela (art. 2).

Hemos dicho que el Derecho Administrativo es un *derecho estatal*², en el sentido de que además de emanar del Estado, está destinado a regular una parte esencial del mismo, la Administración Pública como complejo orgánico, su organización y funcionamiento; el ejercicio de la función administrativa, y las relaciones jurídicas entre las personas jurídicas

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, "El Proceso de Constitucionalización del Derecho Administrativo en Colombia", *Revista de Derecho Público* N° 55-56, Caracas, 1993, pág. 47 a 59.

² André Demichel, *Le Droit Administratif. Essai de réflexion théorique*, París 1978, p.14.

estatales y los administrados³; siendo su objeto, por tanto, normar instituciones de carácter público que persiguen fines públicos y colectivos, situados por encima de los intereses particulares.

Pero, por supuesto, al regular al Estado, el Derecho Administrativo se nos presenta, siempre, como un derecho dinámico, en constante evolución, consecuencia directa del cambio del fenómeno social y político. Cada sociedad, como lo ha dicho Alejandro Nieto, “se expresa en un determinado derecho y las transformaciones sociales arrastran inevitablemente una alteración de la superestructura jurídica”⁴; en otras palabras, “el Derecho Administrativo se asienta sobre bases que están en constante evolución y que reflejan los condicionamientos políticos y sociales vigentes en un momento dado”⁵; por ello, puede decirse que el Derecho Administrativo permanentemente sufre una “crisis de crecimiento”⁶, por los cambios que constantemente le provocan las transformaciones económicas y sociales que no cesan.

Teniendo esto en cuenta, mi objetivo, en estas notas es referirme a las características más resaltantes del Derecho Administrativo venezolano, plasmadas en el texto constitucional de 1999, y determinar cómo están ellas integradas en el panorama jurídico contemporáneo.

Siendo un derecho estatal, las características fundamentales del Derecho Administrativo constitucionalizado en Venezuela, responden a lo que hoy, en el panorama jurídico contemporáneo, caracteriza a esta disciplina: en *primer lugar*, a unas bases constitucionales propias del Estado de Derecho; en *segundo lugar*, a unos condicionamientos democráticos y sociales de ese Estado; y en *tercer lugar*, a un conjunto de principios que identifican un determinado equilibrio entre prerrogativas y poderes del Estado y derechos y garantías de los ciudadanos.

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El concepto de Derecho Administrativo en Venezuela”, *Revista de Administración Pública*, No. 100-102, Vol. I, Madrid 1983, pág. 688. Publicado también en Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Administrativo*, Bogotá 1986, págs. 7 a 24.

⁴ Alejandro Nieto “La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”, *Revista de Administración Pública*, No. 76, Madrid 1975; reproducido en el libro *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Madrid 1983, págs. 880 y 881.

⁵ Martín Bassols, “Sobre los principios originarios del Derecho Administrativo y su evolución”, en *Libro Homenaje al Profesor Juan Galván Escutia*, Valencia, 1980, pág. 57.

⁶ Cfr. Prosper Weil, *El Derecho Administrativo*, Madrid 1966, pág. 31.



I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO DEL ESTADO DE DERECHO

En *primer lugar*, sobre el Derecho Administrativo, precisamente, como el derecho de un Estado de Derecho. Es evidente que no habría Derecho Administrativo sin Estado de Derecho. Es más, como todos lo sabemos, nuestra disciplina nació con el Estado de Derecho⁷, que emergió de las Revoluciones Francesa y Americana⁸, y que respondía y responde aún actualmente a cinco principios esenciales que lo condicionan: el constitucionalismo; la limitación y distribución del Poder del Estado; el principio de legalidad; el reconocimiento de los derechos y garantías; y el control judicial del imperio de la ley. La Constitución venezolana, con toda su novedad, sin duda, sigue respondiendo a estos cinco principios clásicos del Estado de Derecho, que son la base de nuestra disciplina.

1. La supremacía constitucional

En *primer lugar*, debemos recordar que como todas las constituciones contemporáneas, y desde que la Constitución, como la entendemos ahora, fue inventada por las Colonias independientes de Norteamérica a partir de 1776, la Constitución venezolana es un ejemplo de Constitución rígida, concebida como la “norma suprema” (art. 7); en consecuencia, como fundamento de todo el ordenamiento jurídico, a la cual todos los órganos del Estado y todos los individuos están sujetos y tienen la obligación de respetarla y obedecerla (art. 7). Como tal, es una norma directamente aplicable a los individuos, y fuente directa de derechos y obligaciones.

Ese carácter de norma rígida y suprema, hace que prevalezca sobre toda otra norma o acto estatal, debiendo por tanto ser aplicada con preferencia cuando exista incompatibilidad entre ella y otras normas. Así lo dice el artículo 334 de la Constitución precisando que se trata de un poder exclusivo de los jueces, “quienes están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución”.

⁷ Cfr. Fernando Garrido Falla, “Sobre el Derecho Administrativo y sus Ideas Cardinales”, *Revista de Administración Pública*, No. 7, Madrid 1952; reproducido en la obra *34 artículos seleccionados...* cit. pág. 222.

⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes de Constitucionalismo Moderno*, Caracas 1992.

2. La limitación del poder

En *segundo lugar*, debe señalarse que el Estado de Derecho surgió hace doscientos años, fundamentalmente, como un Estado en el cual su poder era limitado como garantía de la libertad. A tal efecto, dos sistemas de distribución del poder se han venido consagrando en todas las Constituciones: un sistema de distribución horizontal del poder y un sistema de distribución vertical del poder. Por supuesto, dichos sistemas no son ni jamás han sido uniformes: han variado en su forma e intensidad, según los condicionamientos históricos, políticos y sociales propios de cada país.

En el caso de Venezuela, ambos sistemas, sin duda, se han aplicado históricamente y están consagrados en la Constitución como producto de la realidad actual del país.

En *primer lugar*, la Constitución de 1999, sin duda, establece un sistema de separación orgánica de poderes, como mecanismo de distribución horizontal del poder. Por supuesto, ese sistema nada tiene que ver con la exageración de los constitucionalistas franceses de la Revolución, que conformaron aquellos compartimientos estancos que tanto han caracterizado y condicionado la evolución del Derecho Administrativo francés, y que no sólo dieron origen a la justicia administrativa separada del poder o rama judicial, sino a que aún no se haya podido establecer un completo sistema de control de la constitucionalidad de las leyes.

Nada más lejos de esa concepción que la que siempre ha adoptado Venezuela y que se refleja en la Constitución de 1999, a pesar de la constitucionalización de la jurisdicción contencioso administrativa pero formando parte de la rama judicial (art. 259), al igual que la jurisdicción constitucional atribuida al Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional (artículos 266, ord. 1º); y nada tiene que ver, salvo por aproximaciones semánticas, con el sistema de dualidad jurisdiccional estilo francés, donde la jurisdicción contencioso administrativa no forma parte de la rama judicial. La Constitución adoptó un sistema de separación orgánica del Poder Público Nacional, en cinco poderes, agregando a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los Poderes Ciudadano y Electoral.

Esta separación horizontal orgánica de poderes en cinco ramas de un único Poder Público: (art. 136), por supuesto, no es rígida, como no lo es hoy en ninguna parte del mundo. No sólo todos los órganos que las integran colaboran entre sí en la realización de los fines del Estado (art. 136), sino que el ejercicio



de las funciones propias de los órganos de cada uno, no es exclusivo ni excluyente, pudiendo, en dicho ejercicio, haber interferencia por parte de los órganos de los otros poderes. Así por ejemplo, la función jurisdiccional la pueden ejercer, además de los órganos de la rama judicial, las autoridades administrativas, como sucede normalmente en todos los países contemporáneos, no sólo de nuestra familia de derecho, sino del *common law*⁹. La función administrativa también se ejerce por las diversas ramas del poder, al igual que la función normativa. Hay, en todo caso, funciones que se ejercen por cada rama en forma privativa, y en éstas no puede haber interferencia, pues habría usurpación. De allí que, conforme al artículo 138 de la Constitución “toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos”.

Además, formalmente como sucede hoy en todos los países del mundo, la distribución del poder en la trilogía clásica de las tres ramas: Legislativa, Ejecutiva y Judicial, se ha roto. El Poder Público se ejerce, a su vez, por los órganos que componen las tres clásicas ramas, y por otra serie de órganos que habían sido progresivamente constitucionalizados y dotados de autonomía funcional, y que ahora se erigen en ramas del Poder Público. Es el caso del Poder Ciudadano, que integra los órganos de control (art. 273), como la Contraloría General de la República (art. 267), el Ministerio Público: (art. 284) y la Defensoría del Pueblo (art. 280); y del Poder Electoral, a cargo del Consejo Nacional Electoral (art. 293). En la nueva Constitución en todo caso se eliminó el Consejo de la Judicatura, que era un órgano constitucional con autonomía, atribuyéndose ahora el gobierno y la administración de la rama judicial al Tribunal Supremo de Justicia (art. 267).

Es de destacar, en todo caso, que la clave de funcionamiento de un sistema de separación orgánica de poderes, es la autonomía e independencia de los Poderes entre sí, características que en la Constitución de 1999 resultan seriamente afectadas por las siguientes regulaciones: el Tribunal Supremo de Justicia tiene competencia para decretar la destitución del Presidente de la República (art. 233); el Presidente de la República puede disolver la Asamblea Nacional (arts. 236, ord. 21 y 240), y la Asamblea Nacional puede remover a los Magistrados del Tribunal Supremo (art. 265); al Contralor General de la República, al Fiscal General de la República y al Defensor del Pueblo (art. 279); y a los integrantes del Consejo Nacional Electoral (art. 296).

⁹ Véase las muy completas referencias al sistema de *administrative tribunals* y de órganos administrativos con funciones cuasijurisdiccionales, en Inglaterra y EE.UU., en Jorge Vélez García, *Los dos sistemas del Derecho Administrativo. Ensayo de Derecho Público Comparado*, Bogotá 1994, págs. 113 y siguientes.

Particular importancia para el Derecho Administrativo, en este contexto de la separación orgánica de poderes, tiene el ordenamiento de la rama ejecutiva y el tratamiento de la Administración Pública en la Constitución. Puede decirse que en la materia todos los principios necesarios han sido constitucionalizados: la organización administrativa (artículos 236, ordinal 20) y los principios sobre la administración descentralizada funcionalmente (artículos 142, 300); los principios generales de la actuación administrativa (art. 141); el régimen de la función pública (artículos 145 a 149) y su responsabilidad, (art. 139); el régimen de los bienes públicos (artículos 12, 181 y 304); el régimen de la información administrativa (art. 143); el régimen de la contratación administrativa (arts. 150 y 151); el régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado (art. 140); y el régimen de control de la gestión administrativa, tanto popular (art. 62), político (art. 66), fiscal (art. 287) como de gestión (art. 315).

En *segundo lugar*, la Constitución también establece un sistema de distribución vertical del poder, ratificando la forma federal de la República, la cual se califica como “descentralizada” (art. 4), compuesta por entidades territoriales que son los Estados, el Distrito Capital, las Dependencias y los Territorios Federales (art. 16); exigiéndose que el territorio se organice en municipios (art. 16). En particular, los Estados gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución, con derecho a gobernarse por autoridades propias, elegidas por votación popular, ejercer las competencias que les corresponden, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y participar en las rentas nacionales (arts. 16, 159 y 168).

La nueva Constitución, sin embargo, establece una grave limitación a la autonomía de los Estados, al remitir a una Ley Nacional el régimen de la organización y el funcionamiento de los Consejos Legislativos de los Estados (art. 162); y una aún más gravísima limitación a la autonomía municipal al circunscribirla no sólo a los límites impuestos por la Constitución, sino por la Ley (art. 168), lo que es una negación de la autonomía.

3. La sumisión a la legalidad

La tercera de las notas clásicas del Estado de Derecho, que justifica incluso su denominación, es la sumisión de todos los órganos del Estado al derecho o a la legalidad, integrada por la norma suprema, que es la Constitución (art. 7), y por todas las demás fuentes del ordenamiento jurídico que se aplican a los diversos órganos del Estado, conforme al clásico principio de la formación del derecho por grados. El artículo 137 recoge, en todo caso, la clásica fórmula de nuestro constitucionalismo, al establecer que “la Constitución y las leyes definen las



atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”.

4. La declaración constitucional de derechos y garantías

El cuarto de los principios tradicionales del Estado de Derecho es la declaración constitucional de los derechos y garantías, que ha sido y es el signo común de todos los Estados contemporáneos. En esta materia, la nueva Constitución venezolana se ha incorporado a las corrientes actuales del constitucionalismo universal, al establecer una amplísima declaración de derechos y garantías constitucionales, que sigue la línea de Constituciones recientes, como la de Brasil y Colombia.

Lo primero que debemos destacar en esta materia es que, conforme al artículo 2 de la Constitución, se precisan como valores superiores del ordenamiento jurídico del Estado y de su actuación, “la preeminencia de los derechos humanos” y conforme al artículo 3 se indican como fines esenciales del Estado “la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución” reconociéndose, además, el principio tradicional de nuestro constitucionalismo de que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos” (art. 22).

En la Constitución de 1999, además, no sólo se ha establecido el principio de la progresividad en la interpretación de los derechos (art. 19), y la obligación de los órganos del Poder Público de respetar y garantizar los derechos humanos conforme a la Constitución, a los Tratados sobre Derechos Humanos y a las leyes que los desarrollen (art. 19); sino que además se le ha dado rango constitucional a los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos suscritos y ratificados por Venezuela, a los cuales se declara que prevalecen en el orden interno en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la Constitución y las Leyes (art. 23).

Las normas de la Constitución, en todo caso, en relación con los principios relativos a los derechos humanos conducen a que, en última instancia, estos son los que los jueces digan que son, lo que no implica, novedad alguna. Basta recordar, por ejemplo, la situación en el Reino Unido, donde no hay Constitución

pero, por supuesto, rige el principio de la *rule of law*. Como señalaba Dicey, hace más de un siglo, cuando contrastaba el derecho administrativo de Europa continental con la Constitución inglesa: en el Continente, decía, “los derechos individuales resultan, o aparentan resultar de los principios generales de la Constitución”, en tanto que en Inglaterra,

“los principios generales de la Constitución (como por ejemplo la libertad personal, el derecho de reunión pública) son el resultado de decisiones judiciales en casos concretos llevados ante los tribunales, determinantes de los derechos individuales de las personas”.

De allí concluía diciendo que:

“las normas que en los países extranjeros forman parte de un Código Constitucional, no son la fuente sino la consecuencia de los derechos individuales, tal como han sido definidos y aplicados por los jueces”¹⁰.

Por tanto, los jueces tienen el poder-deber de aplicar la Constitución y asegurar su integridad (art. 334) particularmente en materia de derechos humanos (art. 19). Los jueces nunca han sido meros autómatas, o entes pasivos, ni como decía Montesquieu, “nada más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, incapaces de moderar su fuerza y vigor”¹¹. Al contrario, los jueces siempre han sido los intérpretes de la Constitución, siempre sometidos a la misma y a la ley, y a sus principios y valores.

5. Las garantías de la Constitución y de los derechos fundamentales, y el control judicial

En *quinto lugar*, la Constitución venezolana, conforme a la orientación del derecho contemporáneo, también establece todo un sistema de garantías de la misma y de los derechos constitucionales, entre los cuales se destaca un completo sistema de control judicial.

¹⁰ A.V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (Introducción de E.C.S. Wade), Londres 1973, págs. 195,196 y 203.

¹¹ Véase la referencia en H. Mcilwain, *The High Court of Parliament and its Supremacy*, Yale 1910, pág. 323.



En efecto, en cuanto a las garantías constitucionales de los derechos y de la Constitución, ésta, además de establecer la reserva legal como principio general y precisar la responsabilidad de los funcionarios públicos por violaciones constitucionales (art. 25), consagra, además de la acción de amparo para la protección de los derechos fundamentales (art. 27), todo un completísimo sistema de control difuso y concentrado de la constitucionalidad de las leyes, tanto antes como después de su sanción y publicación, (arts. 333 y sigts.), que ha sido, históricamente, junto con el sistema colombiano, uno de los grandes aportes de nuestros países al Derecho Constitucional Comparado¹².

Por otra parte, en cuanto a las garantías, debe destacarse que, como garantía fundamental de los derechos, el artículo 337, en los casos de Estados de Excepción, excluye la restricción de los derechos a la vida, la prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás “derechos humanos intangibles” que son los regulados en tal forma en la Convención Americana de Derechos Humanos.

En cuanto al amparo, éste se regula como un derecho ciudadano (art. 27) a la supremacía constitucional y a sus derechos¹³, que se manifiesta en múltiples acciones, incluyendo la acción de amparo (art. 28), la acción de *habeas corpus* (art. 27) y el *habeas data* (art. 28).

Se ratifica así, en la Constitución, la institución del amparo con lo cual, por supuesto, no hemos inventado nada: los jueces angloamericanos, cotidianamente amparan o tutelan los derechos constitucionales, mediante los viejos y ordinarios *wrights*, como el *injunction* o el *mandamus*, al igual que los jueces franceses, con los *referés*¹⁴, con tanta o más efectividad que nuestro amparo, y en ello no hay nada asombroso ni escandaloso. Exijamos, eso sí, que los jueces cumplan con su deber, pues más importante que las leyes, es que sean justamente administradas. Como lo decía Lord Denning:

¹² Véase Allan R. Brewer-Carías, “El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de Derecho Comparado)”, en el libro *Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahíta. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1993, Tomo II, págs. 770 y siguientes.

¹³ Véase Allan R. Brewer-Carías “El amparo a los derechos y libertades constitucionales y la acción de tutela a los derechos fundamentales en Colombia: una aproximación comparativa” en Manual José Cepeda (ed). *La carta de derechos. Su interpretación y sus implicaciones*, Bogotá 1993, págs 25 y siguientes.

¹⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El amparo a los derechos... *loc. cit.* pág. 28. Cfr. Jorge Vélez García, *op. cit.* págs. 93 y siguientes y 321 y siguientes.

“Nada se logra teniendo leyes justas si las mismas son administradas injustamente, por malos jueces o por abogados corruptos. Un país no puede tolerar, por mucho tiempo, un sistema legal que no asegure juicios justos”¹⁵.

II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO DEL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL

Pero hemos dicho que el derecho administrativo no sólo es el derecho de un clásico Estado de Derecho, caracterizado conforme a los elementos antes analizados, sino que también es el derecho de un Estado Democrático y Social.

Ello deriva del artículo 2º que precisa los valores del Estado democrático y social de derecho y de justicia entre los cuales está “la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo”, los cuales tienen que condicionar todo el derecho estatal, incluyendo el Derecho Administrativo.

Esos valores, además, se complementan con la declaración del artículo 3 de la Constitución, que señala que:

“Son fines esenciales del Estado la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto de su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución”.

Todos estos fines configuran, como un valor esencial del pacto político, el Estado social que encuentra su concreción individual en la riquísima cláusula igualitaria del artículo 21 de la Constitución, conforme a la cual “todas las personas son iguales ante la ley”, estableciendo, entre otros aspectos, la prohibición de “discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar

¹⁵ Véase la referencia en Allan R. Brewer-Carías “La Constitución de 1961 y los problemas del Estado Democrático y Social de Derecho” en *Reflexiones sobre la Constitución (Tres décadas de vigencia)*, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas 1991, pág. 34.



el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de la persona” (ordinal 1º).

Pero el Estado social, sin duda, no sólo es fuente de derechos de las personas, sino ante todo, fuente de deberes y obligaciones para el Estado.

Por ello materialmente, al enumerarse los derechos sociales, económicos y culturales a partir del artículo 75 de la Constitución, en cada uno de los artículos se impone una obligación al Estado de proteger, apoyar, asistir, organizar, dirigir, fomentar, garantizar, promover, regular, ejercer, fortalecer, facilitar e incentivar diversas acciones, actividades o prestaciones de orden social.

Allí, sin duda, está la fuente esencial de la normativa que conforma el Derecho Administrativo, que no sólo es un derecho formal relativo a los actos, contratos y recursos, sino un derecho material que regula las actuaciones del Estado y sus relaciones con los administrados. En esa normativa, por supuesto, la orientación constitucional es fundamental en cuanto a la finalidad del Estado. No olvidemos que lo que caracteriza al Derecho Administrativo en el panorama jurídico contemporáneo, es que regula instituciones de carácter público colocadas por encima de los intereses colectivos, superiores y generales, que no son, precisamente, la suma de intereses individuales¹⁶.

De acuerdo con esta normativa, en todo caso, el Estado social tiene un papel ordenador y conformador de la realidad económica y social que debe cumplir con vista a realizar una sociedad justa y solidaria, asumiendo obligaciones prestacionales frente a los ciudadanos, y ordenando y regulando la realidad económica y social para el logro de sus fines.

III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL EQUILIBRIO ENTRE PRERROGATIVAS Y PODERES ESTATALES Y DERECHOS E INTERESES INDIVIDUALES

Todo ese conjunto de normas que establecen los fines del Estado, sin duda, además de imponerle obligaciones de todo orden, incluyendo las prestacionales, le confieren poderes y prerrogativas para poder hacer prevalecer los intereses generales y colectivos frente a los intereses individuales. Pero, por supuesto,

¹⁶ Cfr. A. Nieto, *loc. cit.*, pág. 890.

éstos no desaparecen, pues también están y deben ser protegidos y garantizados. Por ello, el Derecho Administrativo, además de ser el derecho del Estado democrático y social de derecho, es el derecho regulador del equilibrio necesario entre los intereses públicos, colectivos o generales que debe proteger y garantizar, y los intereses individuales y privados que también debe garantizar.

No olvidemos que si algo ha caracterizado al Derecho Administrativo durante toda su historia es esa ambigüedad básica de su concepción, que a la vez lo muestra como un instrumento para garantizar la acción administrativa y como un instrumento del liberalismo; como un medio para la manifestación de la actividad gubernamental y la prevalencia de los intereses generales y colectivos, y como un medio de protección del administrado frente a la Administración. Por eso, Fernando Garrido Falla ha señalado, con razón, que el “Derecho Administrativo encierra en su seno una oposición aparentemente irreductible que le hace ofrecerse como un hipócrita persona de doble faz: de una parte, un conjunto de prerrogativas que sitúan a la administración en un plano de desigualdad y favor en sus relaciones con los particulares; de otra parte, la más acabada instrumentación técnica del Estado liberal”¹⁷.

En definitiva, el Derecho Administrativo siempre se ha explicado por el juego dialéctico de esos dos conceptos contrapuestos: prerrogativa administrativa y garantía del particular, de manera que como decía Marcel Waline, por una parte se evite el inmovilismo y la impotencia, y por la otra, la tiranía¹⁸.

La Constitución de Venezuela también está imbuida de esta tercera base constitucional, dando cabida a un conjunto de regulaciones para asegurar la relación Administración-administrado, sin el sacrificio o menosprecio de los intereses particulares, a pesar de la prevalencia de los intereses generales o colectivos, regulando las normas de actuación de la Administración y protegiendo los derechos e intereses de las personas.

En este campo se destaca, ante todo, la norma que regula la Administración Pública, y que declara que:

“...está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia,

¹⁷ Fernando Garrido Falla, *loc. cit.*, pág. 223.

¹⁸ Marcel Waline, *Droit administratif*, París 1963, pág. 4



eficiencia, transparencia, rendición de cuenta y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho” (art. 141).

Estos principios, que se complementan con otras normas como la referida al Estado Federal, conforme a “los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad (art. 4), sin duda, y ante todo, son garantías de los individuos ante el Estado, y que permiten la búsqueda de ese equilibrio entre el poder y el individuo que caracteriza todo el Derecho Administrativo.

Esas garantías de las personas, además, se concretan en otras normas constitucionales, como la que impone el debido proceso, no sólo a las actuaciones judiciales sino administrativas (art. 49).

Por otra parte, en este régimen de relaciones entre la Administración y los administrados, la Constitución venezolana incorpora en su texto, imbuyendo toda su normativa, el principio de participación. Así, al gobierno de la República se le define como “participativo” (art. 6), consagrándose el derecho ciudadano “de participar libremente en los asuntos públicos” (art. 62), para lo cual “la participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública” es considerada como “el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo” (art. 62). Por ello, la Constitución declara que “es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables” para la práctica de la participación (art. 62).

Dentro de los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, el artículo 70, los define así: *en lo político*, la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos cuyas decisiones serán de carácter vinculante; y en lo *social y económico*, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas, incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad (art. 70).

Además, la Constitución impone al Estado la obligación de promover y proteger las asociaciones destinadas a mejorar la economía popular y alternativa, como las cooperativas, cajas de ahorro y mutuales (art. 118), así como también a la

empresa familiar, la microempresa y cualquier otra forma de asociación comunitaria para el trabajo, el ahorro y el consumo, bajo régimen de propiedad colectiva, (art. 308).

Por otra parte, en cuanto a los Estados y Municipios, se precisa una amplia política de participación mediante la transferencia, en materias de servicios públicos, formulación de políticas, economía, y diversas áreas de gestión, como la penitenciaria (art. 184).

Se destaca, asimismo, como formula jurídica para la participación, la regulación de los intereses colectivos y difusos como legitimación para el acceso a la justicia (art. 26).

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD
Y ESTADO DE DERECHO

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y ESTADO DE DERECHO

Prof. Ana Elvira Araujo García
Universidad Central de Venezuela

I. LOS ANTECEDENTES DEL PRINCIPIO EN LA HISTORIA VENEZOLANA

La conquista y colonización de América serán objeto de inacabables controversias mientras se persista en describirlas como un proceso homogéneo y rectilíneo y no como un conflicto dinámico. La gran controversia y la manera decisiva como ancló en el centro de gravedad de nuestra sociedad es el debate entre la justicia que defiende a los humildes y las formas de opresión que favorecen a los poderosos. Mientras el estado español se mantuvo fiel a las doctrinas que legitimaban la autoridad, por la adhesión de los mandatarios a los principios que los obligaban a defender a los humildes y a los oprimidos, como sucedió en el siglo XVI y en parte del XVII, sus actos fueron como grandes anclas que calaron profundamente en el suelo americano, y establecieron entre el estado castellano y los indígenas del Nuevo Mundo, o los pueblos nativos, la formidable solidaridad de la justicia, que fue más recia que la solidaridad derivada del idioma, las costumbres, o la religión. Sin embargo, el día en que influencias llegadas a España con el despotismo ilustrado de la casa de Borbón, las metas históricas de la monarquía cambiaron y ella dejó de representar la causa de los humildes y se convirtió en una maquinaria burocrática empeñada en hacer del Nuevo Mundo una mera factoría productora de utilidades para la metrópoli. Ese día los pueblos se rebelaron y el viejo espíritu de justicia alumbró los caminos que conducirían al movimiento de la independencia. La república fue así un nuevo escenario lleno de posibilidades para continuar la vieja controversia entre los poderes de la riqueza y el ideal de la justicia, que mantiene abiertas para todos las puertas de la nacionalidad y de sus beneficios. Con la tremenda eficacia perturbadora de los problemas no resueltos este conflicto repercute todavía con todas sus consecuencias en nuestra época. (Indalecio Liébano Aguirre).

La sociedad venezolana que se elabora en ese proceso de los tres primeros siglos de su historia, que conducen a la Venezuela de 1.800, no es una mera

suma de tres componentes étnicos y culturales; es por el contrario una difícil síntesis de muchas síntesis. Ha comenzado a andar una nacionalidad mestiza, habitantes de un territorio del cual se tomó conciencia gradualmente y unidos por nexos sustantivos: lenguaje, religión, costumbres, y que tenía pasado, con porvenir e ideales.

En lo político, Venezuela es una parte no favorecida, por cierto, del imperio español. Desde la conquista, primero administrada por los Welseres y dos siglos después por la Compañía Guipuzcoana, fue luego integrado el país política y militarmente a la Capitanía General, sobre cuyo ámbito se estructuró una unidad fiscal, judicial, y económica en las décadas finales del siglo XVIII: Intendencia, Audiencia, Consulado. Como es propio del absolutismo, los venezolanos estaban privados de derechos políticos; las libertades individuales son desconocidas, como también es desconocida cualquier forma de representación popular distinta de la discutible que se manifiesta en los Cabildos.

Las bulas del papa Alejandro VI son aquí la matriz del derecho, luego expresado en las capitulaciones y en ese vasto monumento jurídico que son las Leyes de Indias. Venezuela, al igual que América, es un patrimonio más que de España de la corona castellana, por eso acató y cumplió las normas de Castilla; ante el empuje de la legislación especial para el Nuevo Mundo, esas reglas quedaron como fuentes subsidiarias. Las Leyes de Indias son casuísticas y agobiantes en sus minucias singulares. El derecho consolida todo el sistema de injusticias y desigualdades de la sociedad colonial. La metrópolis cultivó con mucho esmero la separación y el mutuo desconocimiento entre sus posiciones americanas; una maraña de obstáculos legales y de prejuicios fue tejida con este fin. (J.L. Salcedo Bastardo).

En las postrimerías del siglo XVIII transita Venezuela un momento excepcional: combina la integración formal con la real; es cuando la imagen unitaria general y común se logra sobre los fragmentos hasta entonces inconexos de la federación provincial sui generis que España había auspiciado. Una realidad como lo es la Venezuela de 1.800 no se inventa ni se forja por capricho y sin constancia. La comunidad tiene en su acervo un repertorio de instituciones. Las instituciones de la Venezuela de principios del siglo XIX son coloniales y retrógradas, insuficientes para un desarrollo ambicioso, pero son instituciones. Son órganos, aunque anticuados y rudimentarios, para el ejercicio vital de un ser incipiente. Simón Bolívar no tuvo impedimento en reconocer la obra de tres siglos de cultura, de ilustración, y de industria.



La creación de la Intendencia del Ejército y Real Hacienda en 1.776 marca en su momento el punto más alto de la concreción institucional venezolana. Fue una creación de Carlos III. El rey la concebía con un doble carácter, político y administrativo, para que colaborase con la autoridad ejecutiva en el buen gobierno. El 8 de diciembre de 1.776 se delimita el área de nuestra intendencia: las Provincias de Venezuela, Cumaná, Guayana, Maracaibo e Islas de Margarita y Trinidad. El poder del Intendente cubre la materia de hacienda, la cual incluye comercios, puertos, tributos, agricultura y adjudicación de tierras a los indios; administración de las misiones y venta de tierras reales. También le corresponde lo contencioso mercantil, el fomento agrícola, la persecución del contrabando, y el asiento del tabaco. En estos temas el Intendente no tiene otro superior que el Rey en el Supremo Consejo de Indias. En jerarquía, el Intendente sigue al Capitán General y Gobernador, sin embargo, ambos están a la par en muchas funciones que comparten y se complementan. En algunas el Intendente es superior, porque el Capitán General no puede ordenar un pago cualquiera ni nombrar un empleado sin consultarle. Esta institución llegó a ser más poderosa en América que en el modelo hispano; así mismo rinden una función apreciable en el estímulo a la economía y como mecanismo de contrapeso dentro del régimen colonial. En cierto modo preparan la revolución al propiciar una autarquía en cada unidad colonial muy contraria a la interdependencia que está contenida en la idea de un imperio de partes complementarias y desiguales.

De la Intendencia de Venezuela nace la República, o va a nacer la República, sobre su dominio territorial se definirá la unidad gubernamental y militar, y más tarde la unidad jurisdiccional que supone la Audiencia.

Otra de las instituciones importante es el Consulado, creada por una Real Cédula y comienza a funcionar en 1.793 y abre a los criollos el acceso al auténtico poder, muy superior al mando municipal de los Cabildos que era el único que podían ocupar. El Consulado, en esencia, es un Tribunal de justicia mercantil: sus antecedentes se hallan en los gremios que formaban los mercaderes de un burgo en la Edad Media. Antes del de Caracas sólo hubo Consulado en Méjico y en Lima, después se crearon otros hasta completar once en el continente. El Real Consulado de Caracas tuvo sobre los que le precedieron una importante atribución más, que es la del fomento económico; aparte de la justicia comercial actuó como un ministerio de la producción y las comunicaciones. En este sentido fue importante sus realizaciones en las mejoras de los caminos que vinculaban a las ciudades y los centros agrícolas y los proyectos de los muelles en los puertos así como represas de ríos y obras de riego.

España impuso a América un sistema monopólico en materia comercial, hasta fines del siglo XVIII en que se liberó el comercio entre la metrópolis y ultramar. También el transporte y la navegación fue objeto de un monopolio. Estos monopolios no pudieron ser satisfactoriamente mantenidos en los hechos. Las restricciones y trabas y las pretensiones imposibles de compaginar con la realidad de una potencia decadente y sin medios industriales y técnicos fueron todos acicate para el comercio ilícito y para el contrabando cuyo gran foco estaba en el Caribe en Curazao, y fue Holanda la que desarrolló la mejor parte en el negocio. Por mucho tiempo Venezuela pareció más una posesión holandesa que de España. A Curazao y a las islas holandesas llegan las mercancías europeas en tan favorables condiciones y sin derechos internos que su precio era muy ventajoso. Ese fue por muy largo tiempo el almacén de Venezuela. Allí consiguen los venezolanos cuanto requieren para sus necesidades, todo lo que España no estaba en capacidad de suministrarles y cuyo comercio prohibía realizar. El método comercial holandés es imbatible: vende barato y compra a buen precio, incluso acepta el trueque con los productores venezolanos. De allí la popularidad del contrabando y la antipatía que a priori despierta cualquier tentativa de erradicarlo. No es sólo América la que ocurre al contrabando como una posibilidad de comercio y de vida, si no que la misma España, a fines del siglo XVII y XVIII tiene que procurar fuera más del 80% de los artículos manufacturados que utiliza. El tráfico de contrabando se hacía particularmente por Sevilla. De los ochocientos millones de reales del comercio americano, España surtía sólo setenta millones; lo demás procedía del contrabando. (J.L. Salcedo Bastardo, Córdoba Bello). La práctica del contrabando lesiona la imagen imponente del absolutismo; entraña irrespeto a las normas del Estado y un perjuicio fiscal.

Entre las piezas fundamentales que integran el derecho público colonial en Venezuela están las Cédulas de 1.776, 1.777, 1.785, y 1.786 que dan nacimiento a la Intendencia, como se dijo, a la unidad gubernativa y militar presidida por la Capitanía General de Venezuela al Consulado y a la Audiencia, respectivamente. En la producción jurídica de la corona sólo excepcionalmente se contemplan situaciones generales; muy pocas veces se dibujan y definen instituciones valederas para el ámbito global del imperio o del Nuevo Mundo como un todo. El derecho para las Indias peca de excesivo casuismo. La práctica de resolver y enfocar cada caso particular determinó a la vuelta de breve tiempo un caudaloso material jurídico que muy pronto fue necesario reunir y clasificar. Para fines del siglo XVII, en 1.680, se pudo terminar una recopilación. Tenemos aquí el derecho indiano, o las Leyes de Indias, integrado por nueve libros, que reunieron 6.377 leyes en materias de las más diversas: administración, economía, justicia, religión, arte, higiene, letras, instrucción.



De un modo general se quiere preservar a las Indias en aislamiento intelectual y material del resto del mundo. La imagen de América que conlleva esta concepción jurídica, casuística, detallada, y extensa, a la cual nada se escapa, es la de un coto privado para uso y beneficio exclusivo de la monarquía castellana. La política de prohibir el comercio intercolonial y disponer que toda transacción se haga a través de la metrópoli obstaculiza el desarrollo natural de América.

El derecho dictado para América no siempre se aplicó, sus principios no fueron ajustados, en muchos casos, a los genuinos caracteres de las sociedades americanas. Mientras que el Derecho Romano era sólido y firme porque tomaba las instituciones del propio acontecer social, las recogía de la existencia concreta, y mientras el derecho anglosajón buscaba también en la entraña de la sociedad su auténtica verdad, el Rey de España y sus consejeros legislaban para una realidad que les era totalmente desconocida. Los Virreyes, las Audiencias, ignoraban muchas veces la situación cabal que les correspondía atender. La citada fórmula “se acata pero no se cumple” es ilustrativa de ese divorcio entre las normas y los hechos y muestra también un espíritu de sumisión no muy sincero que estaba como presto a sacudirse.

Las Leyes de Indias, por muchos conceptos, constituyen una obra admirable; reflejan con fidelidad el orden político social que las engendra, sirven con eficacia a los fines de la monarquía y se iluminan con el idealismo que es también un rasgo importante del alma hispánica, cuyos prejuicios y limitaciones, así como su apego a un tradicionalismo difícil de romper, son también visibles. En esa notable legislación de Indias está el origen de un rasgo cultural que va a constituir un drama vivo en Venezuela y en América hispana en general: la falta de correspondencia entre el derecho y el hecho. Contrariamente a lo que sucede en las comunidades anglo-sajonas, en nuestro hemisferio el derecho será más una elaboración modelo, ejemplo perfecto, abstracto y puro que una regla de conducta útil, eficiente y funcional.

Una vez proclamada la Independencia el Derecho Público será el primero en recibir el impacto.

El primer paso en el establecimiento de las nuevas estructuras del orden político fue la Constitución de 1.811. Con la Constitución de 1.811 Venezuela es el primer país latinoamericano poseedor de una ley suprema emanada de un cuerpo soberano, legítimo personero de la voluntad nacional. Antes, además, había sido el primero de la América Hispana en enviar misiones diplomáticas, y fue el primero en tener un gobierno legítimo nacido de su entraña. Esta Constitución

contempla fundamentalmente lo que interesa a la nobleza criolla. En lo formal se concilia la inspiración norte americana con la francesa, dentro de un sistema mixto. Se adopta la estructura federativa que la realidad geográfica y nuestra historia imponen. Se proclaman todas las libertades políticas y las garantías ciudadanas: igualdad ante la ley, abolición de títulos y privilegios, cese de discriminaciones entre las “castas”, respeto a la persona humana y libertad de pensamiento. Se acuerda la prohibición del comercio de esclavos pero se deja en pie la esclavitud. El Estado se compromete a proteger la propiedad y mantiene incólume una institución cimentada sobre la usurpación de la conquista y los siglos de la colonia. Se estatuye así una democracia más o menos exótica e incomprensible para las masas, ninguna de cuyas aspiraciones aparece reconocida, por eso los sectores populares no pueden amar el orden que ha nacido. Esta Constitución duró poco más de cien días, pero a partir de ella existe un cuadro de instituciones políticas que no obstante las muchas modificaciones más de forma que de fondo, imperan hasta ahora. Tales como el republicanismo, el esquema tripartito de los poderes y la separación de los mismos.

Venezuela, además de ser el primer país americano con una Constitución libremente dictada por sus representantes, el primero con gobierno legítimo emanado del pueblo, el primero en enviar misiones diplomáticas, ha sido en suma una nación de vanguardia en el uso de la civilidad y del derecho. Ha aspirado siempre a formas justas de gobierno: a la democracia, vale decir al sistema que mejor encarna sus ideales y responde más fielmente a su índole social. Fue en aras de esta noble causa por la que se sacrificó parte considerable de la población venezolana, no es un hecho banal que los venezolanos fueran a otras patrias hermanas no a conquistar ni a esclavizar, ni en pos de riquezas, sino a llevar libertad. Contra la opresión ha estado siempre Venezuela, a veces impotente pero nunca doblegada. En todos los sectores sociales se ha pagado con la vida, con cárcel y con vejamen la fidelidad a nuestra positiva y auténtica historia. Los sucesores de los mártires de la independencia y de los caídos por la emancipación, han aparecido en todos los puntos del país. La inteligencia nacional en su mejor dimensión ética ha sabido contradecir a la parte prostituida que fue y es cómplice y complaciente. Por la tenaz de la barbarie y de la fuerza contra la virtud y el talento, en todos los gobiernos de ignominia Venezuela retrocede, se aleja de lo que buscó ser la época áurea de su historia, y de las rutas que para el porvenir marcara la generación de la Independencia. Se escamotean a nuestro pueblo las posibilidades de adelanto político y de mejoramiento integral previstas por los hombres de la única y verdadera revolución; pero Venezuela no se rinde.



Durante el resto del Siglo XIX y el primer tercio del Siglo XX, lo que tenemos en Venezuela es el dominio de la autocracia. Desde Páez hasta Gómez, pasando por los Monagas y Guzmán Blanco, no tenemos sino una autocracia caudillesca que quiebra los cimientos de la estabilidad y de la paz, atropella a la ley, entendida como expresión del compromiso que refleja la voluntad general y limita la autoridad pública. El derecho es mirado en el país como un lujo, no como un precepto para ser cumplido.

Pese a todo, el prestigio de la ley es tal que las autocracias no se atreven al gesto sincero de barrer las fórmulas de la Constitución para suplantarlas por sus caprichos; todos fingen por el contrario ajustarse a las reglas que su respectivo Congreso les adereza al gusto. Una verdad campea como denominador común de este dilatado siglo desintegrador: la fuerza del autócrata, existe un solo poder en la práctica, en él se resume la habitual trilogía: él es el Poder Ejecutivo, el Presidente forma el Congreso, y el Presidente maneja el Congreso para integrar la Alta Corte. Ni los actos legislativos ni las sentencias se atreven a distanciarse y menos a contradecir el omnímodo querer del jefe de gobierno. En la época de la tercera Constitución del Gomecismo, (fueron doce en este siglo llamado de la contra-revolución), se decía que la Constitución era nada más que un librito amarillo que se reforma todos los años y se viola todos los días; así, un profesor de Derecho Constitucional acostumbraba iniciar su lección diciendo: “Jóvenes, va a empezar la clase de Mitología”.

En 105 años Venezuela tiene el récord de 16 Constituciones y un Estatuto Constitucional Provisorio. Pocos países han tenido tantas Constituciones “y ninguna Constitución”. Entre las secuelas funestas de la contrarrevolución es forzoso mencionar la permanente crisis del Derecho. Sin orden ni concierto, se acumulan en este tiempo leyes, reglamentos, decretos, más para dar una apariencia de normalidad y para impresionar que con vistas a su aplicación verdadera. Bajo el oprobio absolutista de esos regímenes la actividad legislativa en Venezuela era bastante similar a la de producir literatura de ficción. Es la autocracia la responsable de la deformación de la actitud ciudadana ante la Ley. La continua resistencia a la opresión engendra un ánimo de natural rebeldía frente al derecho. El pueblo tiene razón en detestar la Ley que se le esgrime como argumento sacrosanto para hacer perpetua la injusticia y para escamotearle sus libertades, para no cumplir las promesas y para castigarlo cuando se atreva a creer en las ofertas que tantas veces se le hicieron.

II.
**EL SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE
LEGALIDAD Y SU CONFORMACIÓN EN
LAS DEMOCRACIAS.**

Una parte importante de la doctrina contemporánea en el Derecho Administrativo, entre los cuales se encuentra a los insignes maestros Giannini y a García de Enterría, sostiene que el Derecho Administrativo es un hijo directo de la consagración del sistema revolucionario del “reino de la ley” el cual supone la legalización completa de toda la acción del Estado sobre los ciudadanos, a quienes únicamente “en virtud de la Ley” se puede exigir obediencia. Es sobre esta técnica de la legalización del poder sobre la que se forma todo el Derecho Público moderno. Según esta tesis, desde Napoleón, el Derecho Administrativo se articula sobre las posibilidades que abren una legalización de las competencias, tanto como técnica de ordenación y de control del complejo aparato administrativo, como para establecer un sistema de “libertad de los modernos” en el sentido dictado por Benjamín Constant, es decir, un sistema de seguridad jurídica que garantizaba a los ciudadanos por medio de las leyes un espacio de libre desenvolvimiento y de certeza de la acción del Estado. El recurso contencioso administrativo será justamente la técnica de imponer la efectividad de esa legalidad y de esa libertad correlativa (la libertad de no ser afectado en la propia vida más que en virtud de leyes generales).

La formación de la democracia como principio único de gobierno no supuso el abandono del sistema “gobierno de la Ley” que la revolución francesa había aportado para volver a caer en el arcaico sistema prerrevolucionario del “gobierno de los hombres” aunque esta vez fuesen los hombres designados electoralmente. Lejos de ello la democracia afianzó precisamente el “gobierno de la ley” por razones más profundas que las que explicaba la idea de “la libertad de los modernos” y la oportunidad de un mejor control del aparato del Estado. Estas razones más profundas son bien conocidas: la ley es la quintaesencia de la “voluntad general”, es el fruto más preciado de la libertad, es la expresión misma del principio democrático. Pero al mismo tiempo, la ley es el instrumento adecuado para articular las libertades de todos entre sí y para permitir la coexistencia de las libertades. A la vez, la ley es el instrumento sine qua non de la igualdad. La ley contiene preceptos generales, universales, que alcanzan por igual a todos los ciudadanos. He aquí porque la ley expresa la esencia misma de la democracia: la libertad, la igualdad, la auto-disposición de la sociedad sobre sí misma.



Es así como esta tesis afirma que desde finales del siglo XIX y a partir de ese momento, se expande en forma espectacular el campo del recurso contencioso administrativo y con él el del Derecho Administrativo (sostenido también por Hauriou, Duguit y Jézze) es el momento de las grandes sistematizaciones teóricas. Los poderes del Juez Contencioso y las técnicas de control de la discrecionalidad se incrementan en forma significativa.

En el preámbulo del texto constitucional español, se habla de “ un estado de derecho que asegure el imperio de la ley, como expresión de la voluntad general”. El nuestro habla de “un Estado de Derecho y de justicia que consolide el imperio de la ley.” La voluntad general sólo está representada en la ley, no en ninguno de los demás actos que emanan del aparato del Estado. El artículo 66 de la misma Constitución precisa que “las cortes generales representan al pueblo español”. El artículo 201 de la Constitución venezolana afirma que “los diputados a la Asamblea Nacional son representantes del pueblo”. Por su parte, el artículo 117 constitucional español y el artículo 253 de la Constitución venezolana indican que “la justicia emana del pueblo”, sin que se produzca en este caso un fenómeno de representación. El término técnico de representación popular está expresamente reservado en las Constituciones analizadas para las asambleas parlamentarias.

Esta idea de la representación tiene una connotación muy concreta, proviene de la representación política en la concepción de la revolución francesa que se expresaba en la asamblea o en el parlamento, siendo sus miembros a los únicos a quienes se reconocía la condición de representante, todos los demás titulares de funciones públicas, en particular los del Poder Ejecutivo, son simplemente agentes. La cuestión no es irrelevante: donde el pueblo actúa su poder es en el Parlamento, en el Congreso, en la Asamblea Nacional, y la forma de ejercicio de este poder es precisamente la ley. Es el sistema del reino o imperio de la ley sobre el cual será construido todo el Derecho Público hasta el día de hoy. Este mecanismo esencial sitúa a los otros dos poderes en la posición de vinculados a la ley, que particulariza bien en sede procesal cuando se suscita cualquier litigio entre partes, bien en sede administrativa cuando el Ejecutivo gestiona los intereses generales. Es esta situación de ejecutores de la ley la que da a los titulares del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial el carácter de “simples agentes” de la ley. No pueden ordenar lo que la ley no manda, no pueden prohibir lo que la ley no ha prohibido. No les alcanza, por tanto, ningún carácter de representante del pueblo. La representación política, por su parte, es el instrumento para la formulación de la voluntad general y ésta se expresa solo en la ley, con sus notas de superioridad e irresistibilidad; todos los demás actos del Estado, respecto de la ley, no son expresión de la voluntad general y no valen lo que vale la ley.

Las ideas expresadas no son meras construcciones jurídicas artificiosas. Una investigación sobre la esencia de la democracia hecha en el terreno de los hechos, realizada por Hans Kelsen, respalda con sus conclusiones las ideas anteriores. Kelsen intenta justificar en el terreno de los hechos su fe democrática. Señala Kelsen que no menos que cualquier otro sistema político la democracia no puede evitar que los hombres sean mandados por sus semejantes, por otros hombres, pero la conciencia política protesta contra esta dominación. El conflicto se resuelve mediante una transferencia: construyendo una misteriosa voluntad colectiva y una persona colectiva casi mística, distinta de la voluntad y de las personas individuales, es ella quien se presenta como el sujeto de la política, nos referimos a la persona anónima “Estado” y no a ningún individuo de carne y hueso, de quien se hace emanar el “imperium”. La personificación del Estado es un velo que disimula el hecho, insoportable a la sensibilidad democrática, de una dominación del hombre por el hombre. No hay duda de que esta pieza fundamental de la teoría del Derecho Público contemporáneo, tiene también sus raíces en la ideología democrática (Hans Kelsen, citado por Eduardo García de Enterría).

La democracia, seguimos las ideas de Kelsen, es una forma de Estado, o de sociedad, en la cual la voluntad general se forma o, sin metáfora, el orden social se crea por quienes van a regir, el pueblo. Democracia significa identidad entre el sujeto y el objeto del poder, de los gobernantes y los gobernados, gobierno del pueblo por el pueblo. Pero este pueblo no aparece como uno en un sentido mínimamente preciso, más que desde el punto de vista jurídico; su unidad resulta en el fondo de un dato jurídico: la sumisión de todos sus miembros al mismo orden estatal. El “pueblo” no es, contrariamente al concepto ingenuo que de él se hace, un conjunto de individuos, sino un sistema de actos individuales determinados y regidos por el orden estatal. Ahora bien, para formar esa voluntad general, que es la propia de la entidad colectiva y que es la operación política básica, la pieza esencial es el Parlamento. Kelsen dice que “el Parlamentarismo es la formación de la voluntad estatal dirigida por un órgano colegial elegido por el pueblo sobre la base de un sufragio universal e igual, es decir, democrático, que toma sus decisiones por mayoría”.

La idea dominante es la de la autonomía democrática, la idea de libertad. La idea de libertad es y continúa siendo la dominante eterna de toda especulación política. Cuanto más grande es la colectividad estatal y menos el pueblo aparece en condiciones de desarrollar por sí mismo la actividad creadora que constituye la formación de la voluntad estatal, más ese pueblo está forzado, aunque no sea sino por razones técnicas, a limitarse a crear y a controlar el aparato que se encargue verdaderamente de aquella actuación. A este fin se hace apelación a la ficción de la representación, la idea de que el Parlamento no es



más que un representante del pueblo, de que el pueblo no puede expresar su voluntad más que en el Parlamento y a través de él, aunque en todas las Constituciones el principio parlamentario va parejo con la regla de que los diputados no pueden recibir instrucciones obligatorias de sus electores, lo que hace al Parlamento jurídicamente independiente del pueblo cuando ejerce sus funciones.

Hemos descrito el contenido real de la idea técnica de la representación política. Kelsen explica como se presenta la obligación (sollen) establecida por el orden estatal como la voluntad (wollen) de una persona estatal; la formación de la “voluntad estatal” es pura y simplemente el proceso de creación del orden estatal.

Sin embargo puede pensarse que existe una contradicción entre la idea de una democracia en la legislación y la de una democracia en la ejecución. Hay el riesgo, verosímil, de que los órganos democráticos de la administración no consideren la legalidad de sus actos como un fin supremo, y se pongan en contradicción voluntaria con las leyes sancionadas por el Parlamento. La voluntad del todo como se expresa en la legislación puede ser paralizada por la voluntad de una parte, la particular de la Administración. Como consecuencia del principio de legalidad, el sistema burocrático se debe introducir en la organización de los Estados con base democrática. Aunque democracia y burocracia parecen oponerse desde un punto de vista ideológico, no lo hacen si se considera en la realidad. Por el contrario, la burocratización significa, con ciertas condiciones, el mantenimiento de la democracia. La idea de legalidad, aunque conduzca a limitar la esfera de aplicación del principio democrático, debe, no obstante, ser mantenido para asegurar la realización de la democracia (Kelsen). Esta idea es ratificada por el pensamiento de García de Enterría y también de Jean Riveró quienes al reflexionar sobre democracia y administración señalan que “el respeto de la legalidad, asegurado por el progreso del control jurisdiccional, es la condición necesaria pero suficiente, del carácter democrático de la acción administrativa”. Pues “obedecer a la Administración es obedecer a la ley, por tanto al pueblo soberano”. Esa idea de la democracia deben tenerla muy en cuenta las instituciones de control que garantizan la legalidad de la ejecución, legalidad que sólo una demagogia de corto vuelo puede rechazar como inconciliable con la democracia. Kelsen delimita su pensamiento así: “Es ante todo en la jurisdicción administrativa en la que hay que pensar, cuya competencia debe ser extendida y reforzada en la misma medida en que los actos administrativos son obra de instancias democratizadas y, en consecuencia accesibles a influencias del partido gobernante”.

Concluye Kelsen: “El destino de la democracia moderna depende en una gran medida de una organización sistemática de todas estas instituciones de control. La democracia sin control no puede durar. Si excluye esta autolimitación que representa el principio de legalidad, la democracia se disolverá en sí misma”.

Habíamos avanzado diciendo que la democracia es la fórmula política que domina al mundo contemporáneo. Hoy resulta claro que no hay sino dos formas posibles de organizar el mando y la obediencia pública: democracia y autocracia.

La democracia no es un simple procedimiento formal de designación de gobernantes, la idea se expresa en un principio que puede enunciarse así: nosotros nos sometemos todos a las leyes que han sido adoptadas sobre la base de una decisión común de los miembros de la colectividad iguales en derechos. Pero la democracia tiene un componente liberal esencial. Aparte del derecho a la participación en la formación de la voluntad general, el ciudadano no se somete enteramente a ésta, permanece como titular de derechos propios que constituyen otros tantos límites del poder. Libertad, igualdad de derechos, y democracia resultan por ello indivisibles.

Así, en lugar de dar una legitimidad sin límite a un poder popular, la democracia introduce en la vida política el principio moral de que quienes no ejercen el poder en la vida social disponen de un recurso para defender sus intereses y para mantener sus esperanzas de poder ocupar algún día ese poder (Turaine). Comenta este mismo autor que la democracia no nace sólo del Estado de Derecho, sino de la apelación a principios éticos, libertad, justicia, en nombre de la mayoría sin poder y contra los intereses dominantes. Por ello la oposición al poder, la crítica del poder, la impugnación judicial de sus actos, lejos de suponer un obstáculo a la democracia se integra en su misma esencia. La democracia es la fuerza social política que se esfuerza en transformar el Estado de Derecho en un sentido que corresponde al interés de los dominados. De modo que lo que limita el poder no es sólo un conjunto de reglas de procedimiento, sino la voluntad positiva de acrecer la libertad de cada uno. La democracia es la subordinación de la organización social y del poder político en particular, a un objetivo que no es social, sino moral: la liberación de cada uno (Turaine), quien sostiene que nuestra “última utopía” es sin alternativa la de la libertad, que es el nervio de la democracia. Por eso las impugnaciones de los ciudadanos a las decisiones de los gobernantes deben ser vistas con confianza porque resulta que están insertas en el corazón mismo de la idea democrática, porque a través de los recursos contenciosos administrativos los ciudadanos



ejercen una libertad básica: la de no obedecer sino a la ley y no a las ocurrencias de la Administración; así, son los derechos fundamentales de los ciudadanos los verdaderos fundamentos del orden político y de la paz social.

El autor Giovanni Sartori señala que el futuro democrático de una democracia depende de la convertibilidad de mayorías en minorías y a la inversa, de minorías en mayorías; consecuentemente, el principio de la mayoría relativa resulta ser el principio de la democracia que funciona democráticamente.

La democracia tampoco es pura y simplemente el “gobierno de la mayoría”, a decir verdad el gobierno de la mayoría es sólo una fórmula abreviada del gobierno de la mayoría limitada que respeta los derechos de la minoría. Muchas veces es una mayoría la que gana, que es minoría en relación con las diferentes minorías sumadas que perdieron. El hecho de que la democracia se mantenga como un régimen abierto, auto-dirigido, está precisamente en que se le permita cambiar de opinión. El ciudadano puede decidir, en cualquier momento, cambiar su lealtad de la opinión mayoritaria a la minoritaria, o viceversa. Las sociedades que no son conflictivas han de ser consensuales; el consenso implica aceptación de las reglas fundamentales (la libertad y la igualdad) y de las reglas procedimentales. Entre ellas hay una regla de extraordinaria importancia que debe preceder a las restantes: la regla que determina cómo deben resolverse los conflictos. Si no la tiene, la sociedad entrará en pugna en cada conflicto y esto facilita el camino hacia la guerra civil. Por eso es que el consenso sobre la regla de solución de los conflictos es una de las condiciones sine qua non de la democracia (Sartori).

Nos interesa ahora analizar con un cierto detenimiento la idea de que la confianza del pueblo es un factor de la democracia; la idea de que es obligado restaurar la “confianza del pueblo” en las instituciones hoy degradadas y en riesgo de perderse. Desde Locke ya se concibe la relación entre gobernantes y gobernados sobre la idea del trust, la fiducia, la confianza, para una gestión o fin concreto. La tradición inglesa destacada por Maitland señala que “quienquiera que desee conocer Inglaterra debe conocer un poco de nuestro trust”, concepto que “ha sido desarrollado con fuerza entre nuestro pueblo”, señala este autor. Como forma de organización social el trust, la confianza, es usada donde quiera que haya principales y agentes donde entreguemos dinero o bienes, o responsabilidad, o autoridad a otras personas, tales como miembros de la familia, agentes de bolsas, conductores de camiones, médicos, etc. Como quedó dicho atrás la posición de los gobernantes no se puede explicar con la técnica de la representación política. Los gobernantes son simplemente gestores y su posición

se expresa en esa idea de Locke: están en una relación fiduciaria con el pueblo, por lo cual éste confía su gestión a las personas que él elige; pero el objeto de esa gestión sigue siendo propiedad del pueblo y sus fines no son otros que los intereses del propio pueblo. Lo esencial del trust es la confianza, la cual no se entrega de una vez por todas, y además desde ella se pueden dirigir instrucciones al fiduciario y eventualmente revocarlo.

Las elecciones, que son sin duda capitales para la democracia, no alcanzan a absorber la plenitud de esa confianza la cual es imprescindible que se mantenga viva durante todo el período de gestión.

La situación actual de la democracia con sus connotaciones perversas de partidocracia y corrupción logran hacer surgir, lógicamente, el desinterés sistemático del pueblo por la vida política, la apatía, la abstención, la resignación a esos vicios negativos ligados a los partidos, la aceptación resignada de la corrupción. Todo este panorama por supuesto llega a poner en riesgo grave la supervivencia de la democracia misma.

Tal concepción que es vivida en la práctica en buena parte de nuestros países, lleva a una grave ruptura de la confianza del pueblo en sus gobernantes y por tanto, a una quiebra radical de la democracia por más que los procesos electorales se desenvuelvan con toda corrección procedimental y temporal. La falta de confianza en la clase política supone así la ruptura de la relación de trust, confianza o fiducia y con ello de la legitimidad del sistema mismo, la más grave de las deficiencias imaginable en una democracia.

Podemos dar un paso importante ahora, es el que permite afirmar que la confianza del pueblo es la esencia misma del sistema democrático; las elecciones son un instrumento para alcanzar el objetivo, el cual debe mantenerse íntegro en los períodos interelectorales como fundamento mismo del sistema. El pueblo debe sentirse como el verdadero titular del poder y tiene que creer que sus intereses son el verdadero objetivo de los gobernantes como fiduciarios del pueblo. Lo grave de las perversiones del sistema democrático, que son la partidocracia y la corrupción, es que olvidan o destruyen la subsistencia de esa confianza en nombre de un uso puramente formal y abusivo del argumento electoral al que pretenden reducir la esencia misma de la democracia.

Esta preocupación de restablecer la confianza del pueblo gravemente afectada hoy, es la que está en el centro del importante documento que es el Informe



Nollan de 1.995 con el que los ingleses acaban de postular una verdadera restauración de su democracia frente a los riesgos de la partidocracia y de la corrupción. Este Informe Nollan intenta responder a la gran ansiedad pública despertada por el tema de la conducta en la vida política y administrativa. Este aspecto desborda el análisis jurídico, (porque sin confianza no hay trust, sencillamente, se revoca el mandato, el contrato se rompe); es de profundo análisis social. El profesor californiano Handler se plantea como cuestión a dilucidar porqué hay aquiescencia a una determinada relación establecida. La aquiescencia puede ser expresión de un consenso y entonces es ideal, pero puede ser lo contrario; la aquiescencia, señala Handler, es la característica de las víctimas. La ausencia de quejas puede ser debida a un consenso manipulado, o al fatalismo, a la desesperación, a la apatía, a la adaptación del oprimido a la opresión, la cual desarrolla una “cultura del silencio”. No tenemos más remedio que reconocer acá los métodos característicos de la dominación autocrática. Por ello el criterio que la erosión de la confianza pública sólo se puede manifestar en una ola general de quejas, o en una abstención general y sistemática en las elecciones no es siempre satisfactorio; y que si no hay una manifestación de lo señalado ha de entenderse que hay una aceptación generalizada del equipo gobernante en su tiempo democráticamente elegido, no puede satisfacernos en modo alguno. Los gobernantes y su actuación exigen una justificación constante de sus motivos en cuanto le sea exigida o puesta en duda. Como cualquier administrador de lo ajeno, los gobernantes deben rendir cuentas, es evidente. Sería absurdo pretender para esos agentes una dispensa de este deber elemental que es necesariamente la base de toda relación fiduciaria. No se trata sólo de una cuestión de teoría. Ningún pueblo confía en quienes pretendan disponer de un status superior que les dispense explicar sus actos y rendir cuentas de los mismos. Cuando la confianza pública en el poder se pierde, hay que emprender costosas obras de ingeniería política y social para intentar restaurarla. La democracia no se construye con palabras sino con hechos, que el pueblo ha de comprender y ha de creer. Aquí está la razón, en esto de la confianza, de porqué la democracia exige para que pueda funcionar eficazmente una transparencia absoluta, y en su servicio, libertad de información, libertad de investigación de la gestión pública, libertad de crítica, derecho de pedir justificación al poder y a someter a éste a un juicio independiente, capaz de controlar sus actos en cuanto cualquier duda razonable pueda plantearse sobre la corrección de su actuación. En la medida en que esa corrección se mide por la observancia de la ley y del derecho, ese control ha de ser también un control judicial, el cual no solo no debilita las estructuras democráticas sino que las clarifica y las robustece.

III.

LA POSICIÓN DEL JUEZ DENTRO DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO.

Imperio de la ley es en la Constitución misma, imperio de la ley y del derecho. En términos de García de Enterría, no debe olvidarse que el concepto básico constitucional es Estado social y democrático de derecho, también la Constitución venezolana contiene la misma definición de principios, e incluso dice “de derecho y de justicia”, sobre lo cual volveremos más adelante. El verdadero fin de la construcción constitucional es implantar el derecho mediante la justicia, la libertad, la igualdad, y el pluralismo político, a lo que expresamente proclama valores superiores del ordenamiento jurídico. Esa vinculación de la Administración al derecho cuando habla de control de legalidad de la actuación administrativa la Constitución, no es un mero concepto retórico o desiderativo, es como todos los conceptos constitucionales un concepto normativo al que hay que atribuir plenitud de efectos jurídicos. Ahora, esa sumisión a la ley y al derecho, no puede tener sentido si no implica una sumisión plena al Juez, que es elemento indispensable para que cualquier derecho pueda ser eficaz. No hay derecho sin juez. El juez es una pieza absolutamente esencial en toda la organización del derecho; esto no es excepción en el derecho público cuando se trata de la observancia del derecho por la Administración. Vista la evolución histórica del derecho administrativo, hoy el proceso contencioso administrativo no es ni un cuasi proceso, como el sistema del contencioso francés con su sistema de separación de lo estrictamente judicial; ni una excepción que sólo hay que aplicar restrictivamente, imperando en el resto el buen arbitrio de los órganos administrativos. No es así como está organizado ni el Estado ni el Derecho Público en la actualidad, pero además no es así como la Constitución lo ha consagrado en su artículo 259. Entonces y así las cosas la Administración, como los demás poderes públicos, está sometida plenamente a la Constitución y al resto de los ordenamientos jurídicos en paridad con los ciudadanos. Queda entonces por precisar o determinar si fuera del plano general en que nos hemos mantenido, desde los contenidos materiales propios del derecho administrativo, que son los que definen el contenido particular de la vinculación jurídica de la Administración, puede justificarse algún grado de exención o de privilegio de la Administración en el momento de hacer efectiva su vinculación al Juez. Aquí tenemos dos instituciones particulares que es donde surge la polémica principalmente, la aplicación por la Administración de los llamados conceptos jurídicos indeterminados y la utilización de potestades discrecionales, temas a los que no vamos a referirnos porque son materia de otras conferencias.



Es importante en este momento una observación de principio. Una generalización de la justicia es un factor completamente esencial para la efectiva integración de la democracia (Dworkin). La idea de la democracia no puede ser separada de la de los derechos fundamentales, y en consecuencia no puede ser reducida al tema del gobierno por la mayoría. La democracia no puede reducirse a una definición de los poderes o del principio de libre elección de los dirigentes por espacio de tiempo determinado; la democracia es inseparable de una teoría y de una práctica del derecho. El Estado de Derecho ha pasado así a primer plano. De la equidad entre grupos, la prioridad ha pasado a la defensa de la personalidad contra los abusos del poder público, defensa en la cual el Juez se impone como el brazo armado natural. Todo esto confiere al Poder Judicial una preeminencia que no había poseído jamás, se desarrolla como un “poder sobre los otros poderes” y aquí destacaría por una parte la opinión pública y por otra parte el Juez, en los dos casos con una profundización del régimen representativo. Al recordar a los gobernantes y a los representantes el límite del derecho de sus acciones y, en consecuencia, la fuente de sus poderes, el juez les hace ver la distancia que les separa del colectivo soberano del cual emana su mandato. El juez se erige así, en pieza central del sistema democrático. La realidad contribuye a destacar la importancia de la generalización del recurso contencioso administrativo como expresión misma del principio democrático. Por otra parte, y desde otro punto de vista, ya analizado, la objetividad y la probidad del ejercicio del poder son la única forma de asegurar hoy la confianza del pueblo en el sistema institucional, que es el valor básico de la democracia y no como se ha pretendido el respeto puramente formal y de principio al partido ganador de las últimas elecciones.

CONCLUSIÓN:

La posición del juez frente a la Administración y a los titulares de los órganos, no es fruto de ninguna superioridad moral; procede sólo de su condición de órgano de la ley y del derecho que son la verdadera y estable expresión de la voluntad general, y que como tal someten plenamente a la Administración Pública en cualquiera de sus manifestaciones. El Estado de Derecho es necesariamente un Estado de Justicia, en el sentido explícito de justicia judicial y no en cualquier otro más etéreo, justicia frente a la cual el poder público, o sus ocasionales titulares, no pueden pretender ninguna inmunidad.

Termino con una cita de Tocqueville:

“La fuerza de los tribunales ha sido en todos los tiempos la mayor

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y ESTADO DE DERECHO

garantía que se puede ofrecer a la independencia individual; los derechos y los intereses particulares estarían siempre en peligro si el poder judicial no creciese y no se extendiese a medida que las condiciones se igualan”.

Muchas gracias.

Caracas: 21 de Marzo de 2.000

LOS LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD,
LA ARBITRARIEDAD Y LA RAZONABILIDAD
DE LA ADMINISTRACIÓN

LOS LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD, LA ARBITRARIEDAD Y LA RAZONABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

Por Juan Carlos Balzán P.

SUMARIO

I. LA DISCRECIONALIDAD Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA ESENCIA DEL PODER DISCRECIONAL Y SUS LÍMITES. 1.1. *La distinción entre lo discrecional y lo reglado como punto de partida de la discusión.* 1.2. *Discrecionalidad y arbitrariedad: dos conceptos antagónicos.* II. LOS LÍMITES AL EJERCICIO DEL PODER DISCRECIONAL: LA FRONTERA ENTRE LO DISCRECIONAL Y LO ARBITRARIO. 2.1. *Conceptos jurídicos indeterminados: Un aparente poder discrecional.* 2.2. *De la cautelosa pero progresiva evolución de las técnicas de reducción y control judicial de la Discrecionalidad: una evolución doctrinal recogida por la jurisprudencia.* 2.2.1. *La Desviación de Poder: el primer gran hito.* 2.2.2. *Del control de los hechos a los principios generales del derecho.* III. HACIA LA SUSTITUCIÓN JUDICIAL DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS DISCRECIONALES: UNA POLÉMICA INCONCLUSA. 3.1. *La aplicación del test de razonabilidad en miras a la mera anulación del acto discrecional.* 3.2. *La tutela judicial efectiva como fundamento del poder de sustitución.* REFLEXIÓN FINAL

I. LA DISCRECIONALIDAD Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA ESENCIA DEL PODER DISCRECIONAL Y SUS LÍMITES.

“La discrecionalidad de los actos de la administración pública no puede concebirse separada del principio de legalidad”, precisó atinadamente la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de julio de 1984¹. El principio de legalidad es una de las consagraciones políticas del Estado de Derecho y sin temor a equivocarme, el pilar fundamental sobre el cual se levanta y construye el Derecho Administrativo.

El principio de legalidad entendido como la sumisión de todas las actividades de la Administración a reglas jurídicas o normas preestablecidas es la más acabada garantía que postula el Estado de Derecho en beneficio de los administrados y en contra de las posibles arbitrariedades de la autoridad ejecutiva. Partiendo de esa óptica, pero con ciertas reservas a las que aludiremos en el transcurso de esta exposición y a las cuales nos adherimos, FERNANDO GARRIDO FALLA nos enseña que un sector de la doctrina representada por DUEZ Y DEBEYRE ha sostenido que *“...el poder discrecional no es sino una delimitación del principio de la legalidad, pues la discrecionalidad se da en aquellos casos en que por defecto de reglas jurídicas no hay lugar a la aplicación de tal principio”*.²

Ciertamente, la ideología del Estado de Derecho gira en torno a una vinculación cada vez más estrecha entre la Administración y la ley, sin embargo, la realidad exige y exigirá que la actuación administrativa goce de un margen de discrecionalidad, el cual, por demás sano, nunca podrá ser eliminado o en modo alguno desconocido. Al respecto, el epónimo de estas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, el Dr. ALLAN BREWER CARÍAS señala *“...no toda la actividad administrativa tiene establecida en el ordenamiento jurídico “precisos límites” a los cuales debe ceñirse, sino que, generalmente, la propia ley otorga a la Administración amplios poderes de apreciación de la oportunidad y conveniencia para la toma de decisiones”*.³ Estamos así, iniciando nuestra incursión en el campo del

¹ Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 30 de julio de 1984. Consultada en: Revista de Derecho Público N° 19, Julio-Septiembre 1984, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Pág. 125.

² GARRIDO FALLA, Fernando. “Tratado de Derecho Administrativo”, Volumen I, Parte General, Editorial Tecnos, S.A., 12ª edición, 1994, Pág. 182

³ BREWER CARÍAS, Allan Randolph. “Principios del Procedimiento Administrativo”, Editorial Civitas, S.A., 1990, Pág. 50.



denominado “*poder discrecional*”, el cual se configura cada vez que la ley conceda a la Administración la potestad de elegir entre varias decisiones “*justas*” conforme a su libre apreciación. Ahora bien, en el Estado de Derecho contemporáneo esa libertad de apreciación de la Administración en ejercicio del poder discrecional ya no es absoluta, sino limitada en protección de los derechos de los administrados y en aras de evitar la arbitrariedad de la Administración, todo ello bajo la aureola y con estricta sujeción al principio de legalidad.

La discrecionalidad ilimitada, ese “*caballo de Troya dentro del Estado de Derecho*” del que nos hablaba HANS HUBER⁴, expresión que reflejaba el antiguo modo de gobernar, con prescindencia de la ley, ha tenido que enfrentarse en el mundo contemporáneo a las técnicas y demás formas de reducción o limitación a su ejercicio que, con sujeción a la ley, es decir, al principio de legalidad, se han ido construyendo.

Es así como surge la interminable batalla entre la libertad de apreciación propia del poder discrecional y sus formas de control, batalla que ha dado en llamar el maestro EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA la “*lucha contra las inmunidades del poder*”⁵ y que sin duda, constituye el punto neurálgico de esta exposición. Como veremos, el derecho comparado es particularmente rico en lo que a esta batalla se refiere, siendo los aportes doctrinales y la jurisprudencia que con el devenir del tiempo y los cambios verificados en la estructura del Estado de Derecho contemporáneo se ha mostrado permeable a esos aportes, la punta de lanza que en esa batalla ha señalado el norte a seguir en torno a su culminación.

Creemos entonces, con carácter previo al análisis de esa batalla, hacer ciertas precisiones conceptuales en torno a la diferencia existente entre lo discrecional y lo reglado, pues de tal distinción podremos dilucidar qué es “*lo discrecional*” así como deducir y adelantar a cuáles elementos del acto discrecional se dirigen las técnicas de control del poder discrecional encaminadas hacia su reducción o limitación. Luego de ello y para concluir este necesario capítulo, haremos una breve referencia a la arbitrariedad en contraposición a la discrecionalidad, pues, precisamente esas técnicas de control buscan como fin ulterior “*la interdicción*”

⁴ HUBER, Hans. Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaat, en Festgabe für Z. Giacometti, Zurich, 1953, Pág. 66.

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La Lucha contra las inmunidades del poder”, Madrid, 1974. Consultada en: Revista de Administración Pública Número 38, Madrid, 1962, Págs. 159-205.

de la arbitrariedad de la Administración”, fin que goza de la categoría de principio de rango constitucional en países extranjeros, como es el caso de España.

1.1. La distinción entre lo discrecional y lo reglado como punto de partida de la discusión.

El ordenamiento jurídico prevé en algunas oportunidades “*todos*” los aspectos de la actividad de la Administración, mas en la mayoría de los casos, determina “*ciertos*” aspectos. Ello da lugar a la distinción entre actividad administrativa reglada y actividad administrativa discrecional, distinción hoy por hoy en franca y vertiginosa decadencia. Señala RAFAEL ENTRENA CUESTA que cuando se está en presencia de la actividad administrativa reglada, es decir, “*en el caso de que funcione normalmente la Administración...*” se “*...conoce de antemano la resolución que recaerá, puesto que bastará con subsumir el supuesto de hecho en la norma aplicable. En cambio - continúa el citado autor - cuando la actividad administrativa es discrecional no cabe efectuar esta previsión*”.⁶ Se estará entonces en presencia de un poder discrecional, según indica MICHOU, citado por el administrativista venezolano ELOY LARES MARTÍNEZ, para quien por cierto, el poder discrecional se erige como una limitación al principio de legalidad, “*siempre que una autoridad actúe libremente, sin que su conducta le sea dictada de antemano por una regla de derecho*”⁷, es decir, cuando el Ordenamiento Jurídico no establece cuándo debe ejercitarse, cómo debe ejercitarse y en qué sentido se debe ejercitar.

De modo pues que, en ejercicio de la actividad “*reglada*”, la Administración actúa de acuerdo a normas jurídicas, a normas legislativas preestablecidas, siendo ese el caso por ejemplo de la actividad del registrador, la cual se caracteriza por ser predominantemente reglada, toda vez que aquél luego de verificar si se llenan los requisitos legalmente exigidos, debe proceder a efectuar la inscripción correspondiente⁸. La actividad reglada se reduce a la constatación del supuesto

⁶ ENTRENA CUESTA, Rafael. “Curso de Derecho Administrativo”, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1998, 12ª edición, Madrid, Pág. 146.

⁷ LARES MARTÍNEZ, Eloy. “Manual de Derecho Administrativo”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, 11ª edición, Caracas, 1998, Pág. 191.

⁸ El carácter predominantemente reglado de la actividad del registrador ha sido reconocido por la jurisprudencia venezolana. Cfr. entre otras, sentencia de la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 4 de octubre de 1986 (Caso: Mila Ochoa de Urdaneta vs República-Ministerio de Justicia).



de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar cuando se está en su presencia, lo que la propia Ley ha determinado también con absoluta precisión. En tal virtud, la doctrina representada entre otros por GABRIEL RUAN SANTOS señala que la actividad reglada no es más que la “*mera ejecución*” de normas y no el ejercicio de poder alguno⁹.

Por el contrario, en ejercicio de su actividad “*discrecional*” la Administración actúa, con mayor libertad pues lo hace, conforme explica MIGUEL MARIENHOFF “...*de acuerdo a normas o criterios no jurídicos, vale decir, no legislativos, constituidos por datos que, en la especie concreta, se vinculan a exigencias de la técnica o de la política, y que representan el mérito, oportunidad o conveniencia del respectivo acto*”¹⁰.

Ello no significa que el poder discrecional se fundamente en la ausencia de preceptos jurídicos que limiten la actividad de la Administración, sino en la atribución por el derecho de una libertad de apreciación en el ejercicio de su competencia.¹¹ Como bien señala GARCÍA DE ENTERRÍA “*No hay, pues, discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la Ley haya dispuesto*”.¹² La discrecionalidad, precisa GARCÍA DE ENTERRÍA no es un supuesto de libertad de la Administración frente a la norma sino por el contrario, la norma remite a la Administración a una estimación o juicio subjetivo sólo que no establecido previamente por vía de una norma general, sino analíticamente, caso por caso. Tal doctrina fue expresamente citada y reconocida por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en reciente fallo del 9 de junio de 1999 (Caso: C.N.A. de Seguros La Previsora). Se discutía en el caso concreto si la Comisión

9

Cfr. RUAN SANTOS, Gabriel. “El principio de legalidad, la discrecionalidad y las medidas administrativas”, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1998, Pág. 44.

10

MARIENHOFF, Miguel. “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Pág. 99.

11

Al respecto, el administrativo argentino Agustín Gordillo puntualiza “Antiguamente algunos actos eran casi totalmente discrecionales: hoyen día todo acto es en su mayor parte reglado y sólo parcialmente discrecional; no es el acto mismo lo que puede calificarse de discrecional o reglado, sino la atribución que se ha ejercido”. (GORDILLO, Agustín. “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo 1 (Parte General), 4ª edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997, Pág. X28-X30)

12

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. “Curso de Derecho Administrativo I”, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1997, Pág. 445.

Nacional de Valores en ejercicio del poder discrecional que se le otorga en el artículo 10, numeral 12 de la Ley de Mercado de Capitales, podía acordar como en efecto hizo, a la luz de la legislación mercantil aplicable, cuál era el capital que debía ser tomado en cuenta por la mencionada compañía de seguros en la celebración de sus asambleas de accionistas. Por los momentos, sólo resulta importante destacar de ese fallo que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo interpretando y citando la doctrina expresada por GARCÍA DE ENTERRÍA indicó:

*“Queda claro de la doctrina citada – la cual estima acertada en un todo – que la atribución de potestades discrecionales **no es una materia ajena a la legalidad**; se trata por el contrario, de una forma particular de apoderamiento competencial, originada desde la misma legalidad, en virtud de lo cual, el ejercicio de estas potestades (por no operar desde un ámbito de libertad de la Administración) no puede escapar absolutamente al control de la legalidad”.* (Resaltado nuestro)

Esta libertad frente a la norma de la que nos hablaba GARCÍA DE ENTERRÍA en todo caso, según sostiene HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ se encuentra limitada por el “*fin de interés público*”.¹³

Esta distinción rígida entre “*actividad discrecional*” y “*actividad reglada*” ha ido en franca decadencia, al punto que la categoría de “*actos discrecionales*”, de absoluta vigencia en el pasado, hoy día ha desaparecido completamente en criterio de no pocos autores, entre otros el maestro francés HAURIOU, primero en combatir tal categoría de actos y de MERCKL. Ello en virtud que en el actuar administrativo se combinan áreas de actividad reglada y áreas de actividad discrecional, por lo que, cada vez con mayor frecuencia la doctrina se siente motivada a señalar que no hay posibilidad de actos enteramente reglados o enteramente discrecionales. En tal sentido -destacan JEAN RIVERO y AGUSTIN GORDILLO - todo acto es absolutamente reglado al menos en lo que a la competencia de la autoridad para dictarlo y al fin que debe perseguir se refiere, el cual no es otro que el interés público.¹⁴ Y a la inversa, LARES

¹³ Cfr. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. “La Motivación de los Actos Administrativos”, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1972, Págs. 210 y sgtes.

¹⁴ Cfr. RIVERO, Jean. “Derecho Administrativo”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, Pág. 88; y, GORDILLO, Agustín: Ob.cit., Pág. X-29.



MARTINEZ sostiene que en los actos más reglados, puede advertirse que la Administración conserva un mínimo de facultades discrecionales aunque sólo para la elección del momento, esto es, la libertad de apreciar cuando podrá adoptar una decisión que no puede evitar.

La jurisprudencia venezolana se ha mostrado permeable a esta línea de pensamiento. Así lo advirtió la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 2 de noviembre de 1983 (Caso: Depositaria Judicial LA R.C.), brillante sentencia y sin duda líder en materia de límites al ejercicio del poder discrecional, al dictaminar:

“La teoría clásica planteó los conceptos “acto discrecional”- “acto reglado” en términos contrapuestos, falsa oposición construida teóricamente por la doctrina del siglo XIX y que marcara de imprecisiones la elaboración conceptual de otros temas, dejando incluso su huella en ciertos sistemas de derecho positivo (...)

Así ya en 1910, y posteriormente en 1935, señaló LAUN cómo resulta técnicamente imposible que el legislador reglamente de antemano la actividad entera del Estado “aunque fuese posible sería inoportuno (...)

*Una cosa es que la ley predetermine, en alguno casos de una forma total, la actividad administrativa y en otros, atribuya a la Administración facultades de elección, y otra muy distinta es que deban admitirse como dos categorías antagónicas, apriorísticamente diferenciables, la de los actos discrecionales y los actos reglados, sino que **en todos los actos, por reglados que sean, existe un poder discrecional mayor o menor**”¹⁵.*

Es más, con anterioridad a esta sentencia, ya la Corte Federal en sentencia del 6 de noviembre de 1958 recaída en el caso Reingrüber puso de manifiesto la parte reglada que aun en el más discrecional de los actos administrativos, siempre se encuentra presente. Se discutía en ese caso si era o no discrecional la potestad del Ministerio de Hacienda de poder reducir las multas cuando concurren circunstancias que demuestren falta de intención dañosa del contraventor. Lo cierto es que respecto de la parte reglada de todo acto discrecional la Corte precisó:

¹⁵

Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 2 de noviembre de 1982 (Caso: Depositaria Judicial La R.C. C.A.) Consultada en: Libro-Memorias de las XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar-Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela”, Tomo II, 1993, Barquisimeto, Págs. 70-93.

*“es de la esencia de todo acto realizado en ejercicio de una facultad discrecional, el que no puede ser revisado por otro poder en lo que se refiere al mérito o fondo (...) pero sí puede ser materia de revisión por lo que se refiere a la **incompetencia** del funcionario que lo dictó, a **defecto de forma** del acto, o a su **ilegalidad**, en cuyos casos procede su revocación o anulación”.*¹⁶

Esta sentencia pone de manifiesto que en los actos administrativos discrecionales existen elementos necesariamente reglados (competencia, requisitos de forma, entre otros) y lógicamente susceptibles de control judicial. En el ordenamiento jurídico venezolano, tal afirmación cuenta con asidero en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, pues en ella expresamente se dispone en su artículo 12, norma sobre la cual volveremos más adelante, que: “Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad **competente**, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los **finés de la norma**, y cumplir los **trámites, requisitos y formalidades** necesarios para su validez y eficacia”.

Merece hacer un paréntesis entre nuestro hilo conductor y referirnos a la perniciosa distinción que entre “actos discrecionales” y “actos reglados” consagrara la legislación española hasta la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa del 27 de diciembre de 1956. Creemos que resulta interesante y oportuno, pues ilustra aún más sobre la conclusión que de lo expuesto es posible formular, cual es que todo acto administrativo por más discrecional que sea puede ser controlado judicialmente por lo que respecta a sus elementos reglados.

En la primera regulación general de la justicia administrativa en España, llevada a cabo por la legislación de SANTAMARÍA DE PAREDES de 1888-1894, el control jurisdiccional se proclamaba respecto de las “*facultades regladas*” de la Administración, excluyéndose las cuestiones referentes al ejercicio de facultades discrecionales¹⁷. Ello se mantuvo con leves matices en las leyes

¹⁶ Sentencia de la Corte Federal de fecha 6 de noviembre de 1958 (Caso: Reingrüber) Consultada en: Libro-Memorias de las XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar-Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela”, Tomo II, 1993, Barquisimeto, Págs. 65-69.

¹⁷ Cfr. ESCRIBANO COLLADO, Pedro. “España. Técnicas de Control Judicial de la Actividad Administrativa”. En: BARNES VASQUEZ, Javier. “La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado”, Editorial Civitas, S.A., 1993.



dictadas con posterioridad hasta la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en 1956, no obstante que, durante ese largo período la jurisprudencia, al parecer de GARRIDO FALLA¹⁸ se esforzó en reducir tan severa exclusión lo más posible, opinión no compartida por SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, quien critica duramente esa labor jurisprudencial¹⁹. Cabe sin embargo señalar que en el transcurso de ese período, se dictó la Constitución de la Segunda República, Constitución que abrió “*a medias*” la compuerta al control judicial de los actos discrecionales, pues si bien previó en su artículo 101 esa posibilidad, encomendó a la ley su regulación, lo cual no se produjo sino hasta que, conforme hemos explicado, el 27 de diciembre de 1956 se dictara la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, modificada luego por Ley del 17 de marzo de 1973 y por Ley del 30 de abril de 1992.

Lo cierto es que esta Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa suprime de la relación de actos excluidos de la jurisdicción que vino a regular a los actos discrecionales y en particular establece en su artículo 83.2. que “*la sentencia estimará el recurso (...) cuando el acto o la disposición incurriere en cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico, **incluso la desviación de poder***”. Si bien esta norma representó un cambio sustancial respecto del régimen precedente, fue un cambio definitivamente muy limitado en su alcance, tal como se denuncia en la Exposición de Motivos de la mencionada Ley, pues el control de la discrecionalidad pareciera reducirse al control de los elementos reglados del acto, y en particular a la técnica de la desviación de poder, siendo que la desviación de poder es un elemento reglado de todo acto administrativo más no el único. Ya en 1959, el profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, advirtió al poco tiempo de vigencia de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que de su redacción no se infiere ni es correcto inferir que el único vicio estimable por los Tribunales en los actos discrecionales sea el vicio de desviación de poder²⁰. Con sobrada razón, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA²¹ al igual que SEBASTIÁN MARTÍN

18 Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando. “*El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa*”. En: Revista de Administración Pública N° 13, Madrid, 1954, Págs. 143 y sgtes.

19 MARTÍN RETORTILLO, Sebastián. “*La desviación de poder en el Derecho español*”. En: Revista de la Administración Pública N° 22, 1957, Págs. 157 y sgtes.

20 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: Ob.cit, Pág. 169.

21 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “*La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*”. En: Revista de Administración Pública N° 30, Madrid, 1960, Pág. 113.

RETORTILLO²² advierten al comentar el artículo 83.2. que la referencia que en esa norma se hace a la desviación de poder no excluye cualquier otra forma de infracción del Ordenamiento Jurídico.

En esta línea de advertencias, merece indicarse que opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA son cuatro por lo menos los elementos reglados en toda potestad discrecional, de cuyo ejercicio resultan los actos de esa naturaleza, a saber: (i) la existencia misma de la potestad; (ii) su extensión; (iii) la competencia; y, (iv) el fin²³. No obstante, advierte igualmente que además de los enumerados elementos pueden haber otros elementos igualmente reglados, entre otros, el tiempo u ocasión para el ejercicio de la potestad discrecional y la forma de su ejercicio.

El ejercicio de la potestad discrecional comporta entonces un híbrido de elementos reglados y otros dejados a la apreciación subjetiva de la Administración, a razones de oportunidad. Los primeros serán entonces, objeto de control judicial mediante las técnicas que con base a ellos se han ido perfilando doctrinal y jurisprudencialmente en el derecho comparado, técnicas a las cuales nos referiremos más adelante y que persiguen la interdicción de la arbitrariedad de la Administración en la emisión de actos discrecionales.

1.2. Discrecionalidad y Arbitrariedad: dos conceptos antagónicos.

La discrecionalidad no es arbitrariedad, precisa el profesor TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ en diferentes pasajes de su magistral obra “*La Arbitrariedad de la Administración*”.²⁴ Ciertamente se trata de “*conceptos antagónicos*”, conforme señaló expresamente la jurisprudencia española en fallo del 21 de noviembre de 1985. La discrecionalidad no implica arbitrariedad ni injusticia sentenció la Corte Federal de Venezuela en fallo del 24 de febrero de 1956²⁵.

²² MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. “*La desviación de poder en el derecho español*”. En: *Revista de Administración Pública* N° 22, Madrid, 1957, Pág. 172.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: Ob.cit., Pág. 446.

²⁴ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. “*La Arbitrariedad de la Administración*”, Editorial Civitas, S.A., 3ª edición, Madrid, 1999.

²⁵ Sentencia de la Corte Federal y de Casación del 24 de febrero de 1956. Consultada en: *Gaceta Forense* N° 11, Caracas, 1956, Págs. 27-30



La palabra arbitrariedad es relativamente moderna, mas no así el adjetivo del que procede, tanto en castellano, francés, inglés como en italiano. El adjetivo que da luz a su nacimiento es el latino “*arbitrarius*”. Arbitrariedad, según el Diccionario de la Real Academia Española es “*el acto de proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado SOLO por la voluntad o el capricho*”. A partir de LOCKE y MONTESQUIEU, es decir, en el siglo de la razón y las luces el término “arbitrario” siempre se asocia a los significados peyorativos que de él se hicieron, entre otros, despótico, tiránico, absoluto, no limitado por ley alguna, caprichoso.

Por el contrario, la discrecionalidad alude al acto por el cual la Administración elige libremente, cuando la ley le otorga un margen para ello, una solución concreta entre varias legalmente posibles, mas tal decisión conforme advierten JORDANA, GOODNOW, ARIAS DE VELASCO, citados por GASCON Y MARÍN²⁶ no se deja al capricho o a la mera voluntad de la Administración, pues ella se encuentra sometida al Derecho y a los límites que éste le impone. Como bien señaló la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en fallo del 16 de diciembre de 1980, la discrecionalidad es “*...esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas (de acuerdo a los textos legales que regulan la materia) o concretamente, elección entre indiferentes jurídicos*”²⁷.

Ahora bien, qué es lo que marca la distinción entre lo discrecional y lo arbitrario. En primer lugar, **la motivación**; no obstante que autores como PAREJO ALFONSO sean del criterio, criterio que no compartimos, según el cual la motivación no ha de considerarse el punto de partida de esa distinción.

Indudablemente que si no hay motivación, el único apoyo de la decisión será la voluntad de quien la adopta y de allí, su arbitrariedad. En España por ejemplo, los jueces, en opinión de TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, deben considerar arbitraria la decisión en que la motivación falta, no porque el artículo 43 de la Ley de Procedimientos Administrativos exija o deje de exigir la motivación, sino porque “*..a falta de razones en que apoyarse, la decisión de que se trata no tendrá otro soporte que la mera voluntad o el simple capricho de quien la adopta, y eso es, precisamente, la esencia misma de la*

²⁶ GASCON Y MARÍN, José. “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tomo I, 9ª edición, Madrid, 1946, Pág. 203 y sgtes.

²⁷ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 16 de diciembre de 1980. Consultada en: *Revista de Derecho Público* N° 5, Enero-Marzo 1981, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981.

arbitrariedad”. Si la decisión carece de motivación, tal decisión viola por una parte el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad consagrado en la Constitución Española en su artículo 9.3, a renglón seguido de la cláusula del Estado Social de Derecho y por otra el derecho a la defensa como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva²⁸.

La motivación constituye, pues, un elemento de singular importancia a los fines de evitar la arbitrariedad, tal como ha señalado en forma reiterada la Corte Suprema de Justicia en múltiples fallos, entre otros, el que dictó en fecha 3 de octubre de 1990 (Caso: Interdica, S.A. vs República-Ministerio de Fomento).²⁹ Con sobrada razón la motivación, elemento del acto administrativo que la jurisprudencia venezolana debería revalorizar y en tal sentido, exigir con mayor rigidez a los efectos de erigirse como un freno a la arbitrariedad de la Administración, es requerida en mayor medida en los actos discrecionales que en los reglados³⁰. Dictaminó la Procuraduría General de la República de Venezuela al respecto: “*si la motivación puede tener una importancia secundaria cuando se trata de actos reglados, adquiere especial relieve en relación con los actos discrecionales*”³¹ **dos conceptos** En este particular, resulta igualmente aleccionadora la citada sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 2 de noviembre de 1982 recaída en el caso Depositaria Judicial, al disponer:

“Las nuevas corrientes sostienen, por el contrario que es en el acto discrecional donde debe imponerse la obligatoriedad de motivar, para impedir así que la Administración proceda arbitrariamente.

²⁸ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: Ob.cit., Pág. 131.

²⁹ Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 3 de octubre de 1990. Consultada en: Revista de Derecho Público N° 44, Octubre-Diciembre 1990, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990.

³⁰ Sobre la relevancia material (no sólo formal) que la motivación de las decisiones administrativas discrecionales representa en miras a su control judicial nos ilustra el administrativista Ramón Parada. Denuncia Parada con alarma que algunas leyes han exonerado a la Administración de la carga de la motivación, otorgándosele así total “*liberad de decisión*”, esto es, una suerte de “*carta blanca*” en la emisión de determinados actos. Tales actos han originado lo que denomina “*un agujero negro de descontrol judicial*”, pues se trata de actos dictados con base en la atribución de poderes a la Administración, no ya discrecionales, sino “libres” e incluso “arbitrarios”. Entre otros, cita los dictados en materia de adjudicación de contratos, asignación de cargos de libre designación y ascensos militares. Cfr. PARADA, Ramón. “Derecho Administrativo I” (Parte General), 8ª edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1996, Págs. 106-109)

³¹ Dictamen de la Procuraduría General de la República del 24 de abril de 1984. Consultado en: 20 años de Doctrina de la Procuraduría General de la República 1962-1981, Tomo II, Caracas, Venezuela.



(...)

Con la obligatoriedad de motivar simplemente se le exige que exprese cuáles fueron esas razones, nunca falsas ni caprichosas, ni colindantes con la arbitrariedad.

*Estima la Sala lógica esa disposición [Artículo 9 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que exige la motivación de los actos administrativos, sin distinguir entre reglados y discrecionales], porque si en algún caso **la expresión de los motivos resulta menos necesaria** es, precisamente, **en los actos más reglados**, pues aquéllos se desprendería, en principio y claramente, de la propia norma que regula la emisión del acto. En los discrecionales por el contrario, la motivación se encuentra solamente en los hechos concretos que llevaron al funcionario a adoptar la decisión”.*
(Resaltado nuestro)

Es precisa en este sentido también la sentencia española del 3 de diciembre de 1986, confirmatoria en apelación de otra por la que, a su vez se confirmó la anulación en virtud de recurso de alzada de un acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad Sanitaria de la Seguridad Social de Hospitales de Llobregat por el que se adjudicaron los concursos públicos convocados para la contratación de los servicios de bar-cafetería de esa ciudad, justamente por falta de motivación. Señaló al efecto la sentencia:

“El motivo por el que se extrema el rigor de la exigencia de un requisito formal, como es el indicado – la motivación -, cuando en la generalidad de los casos la jurisprudencia lo flexibiliza al máximo, sobretudo cuando no se trata de los supuestos previstos en el artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo es por la necesidad, en el caso de que se trata, de justificar ante las partes, y justificarse ante sí misma, - la Junta de Gobierno de la mencionada Ciudad Universitaria – la desviación de la regla de la adjudicación de los concursos a las proposiciones económicas más ventajosas, como es lo ocurrido aquí, al descartar a una empresa concursante, a pesar de que el canon propuesto era el más elevado”.

Queda así claro que discrecionalidad es un concepto que se contrapone al de arbitrariedad, siendo la motivación un elemento determinante a los fines de establecer la frontera entre lo discrecional y lo arbitrario. Como se aprecia, el ejercicio del poder discrecional, entendido como la potestad atribuida por el legislador a la Administración de apreciar libremente las circunstancias de hecho y adoptar una decisión escogiendo entre varias alternativas igualmente justas,

tiene un límite absoluto: *el acto que se dicte en ejercicio de poderes discrecionales no podrá ser arbitrario.*

Corresponde entonces al juez contencioso administrativo controlar el poder discrecional y establecer el límite entre discrecionalidad y arbitrariedad, partiendo de la premisa que, no pueden ser sometidas a su control las razones de oportunidad o de conveniencia para la emisión del acto administrativo. Hemos llegado de este modo al tema de los límites al ejercicio del poder discrecional, tema en el cual intentaremos por una parte, precisar aquellas áreas de la actividad administrativa que no son discrecionalidad a pesar de que aparenten serlo y por otra, narrar la evolución que han experimentado las técnicas de control de la discrecionalidad administrativa, técnicas que en un principio estaban destinadas a atacar los elementos reglados del acto discrecional, en particular, el elemento fin.

II. LOS LÍMITES AL EJERCICIO DEL PODER DISCRECIONAL: LA FRONTERA ENTRE LO DISCRECIONAL Y LO ARBITRARIO.

La jurisprudencia venezolana ha sido conteste en afirmar que precisamente los límites al ejercicio del poder discrecional previstos en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos se dirigen a evitar la arbitrariedad. En ese sentido, se pronunció la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en sentencias de fechas 12 de julio de 1983; 3 de noviembre de 1988 (Caso: Universidad Santa María); 21 de noviembre de 1988 (Caso: Jorge Olavarría vs Consejo Supremo Electoral); 11 de diciembre de 1990 (Caso: C.A. Radio Caracas Televisión vs República- Ministerio de Transporte y Comunicaciones); y, más recientemente, 13 de julio de 1999 (Caso: Eliseo Sarmiento y otros, mejor conocido como “Nulidad de Artículos de la Ley de Protección al Consumidor”). En la primera de las nombradas, la Corte señaló que la actuación discrecional –o más acentuadamente discrecional – de la Administración del Estado, se encuentra demarcada por determinadas coordenadas, trazadas para impedir que aquella caiga en la **arbitrariedad**. Esas coordenadas no son otra cosa que los límites al ejercicio del poder discrecional.

Como diría SAYAGUEZ LASO, “*mientras la administración ejerza racionalmente sus poderes discrecionales, dentro de los límites que fija el derecho, sus decisiones serán lícitas y no podrán ser anuladas en*



vía jurisdiccional”³². Llegamos así a la médula de este tema, cual es, dilucidar cuándo la Administración traspasa o sobrepasa esos límites y por ende, cae en el campo de la arbitrariedad. Para ello, abordaremos las diferentes técnicas o medios de control judicial de la discrecionalidad que, parafraseando a VILLAR PALASÍ³³, han diseñado tanto la doctrina como la jurisprudencia para reducir la discrecionalidad a sus exactos límites. Nos proponemos así dilucidar hasta dónde puede llegar el control judicial de la discrecionalidad y como contrapartida, cuáles son los parámetros y/o límites entre los cuales se desarrolla la actividad discrecional de la Administración.

En miras a ese propósito, creemos que previo al análisis de las técnicas de control judicial de la discrecionalidad resulta imperativo discernir qué es propiamente actividad discrecional y qué no lo es, pues hemos visto y así lo ha advertido la doctrina como áreas del actuar administrativo han sido erradamente calificadas – *quizás por razones históricas* - como actividad discrecional cuando realmente no lo son, siendo ese el caso por ejemplo de los denominados “*conceptos jurídicos indeterminados*” y la “*discrecionalidad técnica*”, áreas del actuar administrativo sobre las cuales pasamos de inmediato a referirnos.

2.1. Conceptos jurídicos indeterminados: un aparente poder discrecional.

Hemos visto que las potestades discrecionales se caracterizan por la pluralidad de soluciones justas entre las que libremente puede elegir la Administración, según su propia iniciativa, por no estar comprendido dentro de la norma que la habilita para ello, la solución concreta. Por el contrario, el concepto jurídico indeterminado (ruina, precio justo, utilidad pública, urgencia, orden público, calamidad pública, moral pública, buena fe, falta de probidad, incapacidad para el ejercicio de funciones, buen padre de familia, entre muchos otros) se caracteriza porque la ley le da a la Administración una única “*solución justa*” en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho particular. O se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay; o el precio es justo o no; o el edificio está en ruinas o no lo está.

³² SAYAGUEZ LAZO, Enrique. “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tomo I, Montevideo, 1963, Págs. 405 y sgtes.

³³ VILLAR PALASÍ. “*Apuntes de Derecho Administrativo*”, Tomo II, Madrid, 1977, Págs. 55 y sgtes.

La ley no precisa con exactitud los límites del concepto jurídico indeterminado, pero se refieren a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser determinado al momento de su aplicación y en consecuencia, solo permite una única “*solución justa*”. Se trata pues de un proceso de aplicación de la ley “*reglado*”, toda vez que se limita a subsumir en una categoría legal una realidad específica. Por su parte, la discrecionalidad es fundamentalmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o, como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, entre “*indiferentes jurídicos, pues la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc) no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración*”.³⁴ Podrá entonces el juez visto que la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado de aplicación e interpretación de la ley, controlar si se llegó a la única solución justa que la ley permite. En cambio “*el juez no puede fiscalizar la entraña de la decisión discrecional, puesto que, sea ésta del sentido que sea, si se ha producido dentro de los límites de la remisión legal a la apreciación administrativa (...) es necesariamente justa*”.³⁵

La doctrina alemana de los conceptos jurídicos indeterminados (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) ha sido acogida en España, Francia³⁶ y en varios países latinoamericanos, entre otros, Venezuela, al igual que bajo la calificación de “*discrecionalidad técnica*” en Italia, tal como señalan ALDO SANDULLI³⁷ y PIETRO VIRGA³⁸.

En Venezuela, la jurisprudencia ha sido clara en distinguir entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados. Al efecto, cabe citar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 19 de mayo de 1983 recaída en el caso Radio Caracas Televisión vs República de Venezuela-Ministerio de Transporte

³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: Ob.cit., Pág. 450.

³⁵ Ib.Ib.

³⁶ La jurisprudencia francesa, según nos explica Eduardo García de Enterría, ha englobado a los conceptos jurídicos indeterminados como técnica de control de los actos discrecionales bajo la técnica del “*control de los hechos determinantes*”, sobre la cual nos referiremos infra. Entre quienes así piensan se encuentran AUBY Y DRAGO, LETOURNEUR y RIVERO. Es de destacar que sobre la técnica del control de los hechos, los franceses han aceptado que en materia de “*police municipal*”, el Consejo de Estado se sustituya con su propio juicio el juicio de oportunidad de la Administración, yendo más allá del examen de mera legalidad (Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: “*La lucha contra las...*”, notas 20 y 28, Pág. 171).

³⁷ SANDULLI, Aldo. “*Manuale di Diritto Amministrativo*”, Napoli, 1964, Págs. 573 y sgtes.

³⁸ VIRGA, Pietro. “*Il Provvedimento Amministrativo*”, Milano, 1972, Págs. 27 y sgtes.



Comunicaciones (mejor conocido como el caso “*Hola Juventud*”). Resulta que conforme al Reglamento para las Transmisiones por las Estaciones de Radiodifusión Audiovisual (Televisoras) de 1980, dichas estaciones pueden transmitir “...programas recreativos que contribuyan a la sana diversión, sin ofender la moral pública ni exaltar la violencia ni el delito”. Es el caso que el Ministerio de Transporte y Comunicaciones consideró que en el programa denominado “*Hola Juventud*” transmitido por la mencionada televisora “se proyectó una escena de una obra de teatro en la cual se ofende la moral pública, por cuanto apareció la figura de un hombre desprovisto de vestimenta”, siendo por ello que se sancionó a la empresa mediante Resolución con la suspensión del programa. La Corte por su parte, visto el alegato de la empresa recurrente según el cual la escena correspondía a una obra de teatro denominada “*Macunaima*” de Brasil que personificaba el nacimiento de un héroe mitológico indígena que responde a ese nombre, dictaminó que no podía considerarse que ofendía la moral pública y por tanto, que no violaba el aludido acto sublegal. Razonó la Corte su decisión explicando que el concepto de “*moral pública*” era un concepto jurídico indeterminado, particularmente dinámico, pues cambia con el correr del tiempo y que “*en el estado actual de la evolución cultural de Venezuela sería inexacto sostener que toda manifestación del cuerpo humano desprovisto de vestimenta afecta a la moral pública o constituya objeto de escándalo o de repudio por parte de la colectividad*”.

Un caso muy similar al anterior fue también resuelto en esta materia por la Sala Político de la Corte Suprema de Justicia. Tratase de la sentencia que dictó el Supremo Tribunal en fecha 1º de agosto de 1991, en el caso Radio Caracas Televisión vs República de Venezuela-Ministerio de Transporte y Comunicaciones, mejor conocido como “*La Escuelita*”. El caso era el siguiente: en el número “*La Escuelita*” una maestra amenazaba con armas de juego – *de juguete* – y objetos contundentes a sus alumnos, en un salón de clases, mientras éstos hacían alusiones políticas en forma burlona. Se discutió en esa oportunidad si ello iba en contra de la “*moral pública y las buenas costumbres*”, “*incitaba a la indisciplina*”, “*presentaba una imagen degradante e irrespetuosa de la institución educativa*”, en cuyo caso resultaba procedente la aplicación de los artículos 11 de la Ley Orgánica de Educación, 53 y 52 del Reglamento de Radiocomunicaciones y 20, numeral 5º de la Ley Tutelar del Menor. La Corte concluyó, luego de hacer un exhaustivo análisis de tales conceptos jurídicos indeterminados antes aludidos, que resultaba procedente la medida de suspensión adoptada por la Administración.

Merece igualmente señalarse que la jurisprudencia española también ha marcado la pauta en el análisis de los denominados conceptos jurídicos indeterminados,

siendo la decisión judicial pionera en este campo la dictada por el Tribunal Supremo de España el 28 de abril de 1964, al calificar el concepto de “*justo precio*” como un concepto jurídico indeterminado. Asimismo en sentencias del 10 y 15 de junio de 1994 y 14 de febrero de 1995, al analizar el complejo concepto de la “*utilidad pública*”, dejó claramente establecido que no podría declararse de utilidad pública a efectos expropiatorios unos terrenos para construir un cementerio público, terrenos en los que ya existía un cementerio privado. Ello en virtud que tal declaración lejos de pretender complementar los servicios mortuorios del municipio, lo que pretendía era sustituir la actividad privada que ya se había iniciado con autorización del Ayuntamiento.

De lo expuesto ha de concluirse que los conceptos jurídicos indeterminados en modo alguno pueden asimilarse ni confundirse con la discrecionalidad administrativa. Nótese que al juez sólo corresponde identificar si la Administración rebasó los límites que la ley ha querido imponerle al establecer el concepto jurídico indeterminado, más no sustituirse en la estimación que del mismo hiciere.

En Italia, la noción de conceptos jurídicos indeterminados ha sido identificada, como señalamos precedentemente, con la de “*discrecionalidad técnica*”, denominación que de suyo encierra una grave imprecisión conceptual derivada de un error histórico de la doctrina, como nos enseña MASSIMO SEVERO GIANNINI³⁹, pues la discrecionalidad técnica no es discrecionalidad. “*Así, conforme nos ilustra EDUARDO ORTIZ ORTIZ “...es discrecionalidad – y no técnica - escoger el trazado de una vía, cuando las alternativas son iguales; pero es técnica – y no discrecionalidad – construirla adecuadamente, según las reglas de la ingeniería del ramo. Todavía más claro: es dicrecionalidad elegir entre los diversos tipos de semáforo, pero es técnica mantenerlos en buen estado”*”.⁴⁰

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 23 de marzo de 1983, dando por sentado que discrecionalidad técnica no es discrecionalidad, categóricamente señaló: “*el derecho positivo venezolano se ha orientado así hacia el establecimiento como principio de actuación de la “discrecionalidad técnica”, **que como se sabe no tiene nada de***

³⁹ GIANNINI, Massimo Severo. “*Diritto Amministrativo*”, Vol. I, Milán, 1970, Pág. 488.

⁴⁰ ORTIZ ORTIZ, Eduardo. “*Contralor de la discrecionalidad administrativa en la Ley General de Administración Pública de Costa Rica*”. En: *Revista de Derecho Público* N° 30, Editorial Jurídica Venezolana, Abril-Junio 1987, Caracas, Pág. 60.



***discrecional**, sino simplemente el nombre que fuera acuñado en tal forma y que ya no es posible cambiar, por cuanto no deja nada a la libertad del órgano que actúa, sino que somete sus decisiones al uso y obediencia de las normas técnicas que rigen la materia, a la utilización de los recursos que las ciencias especializadas ofrecen para obtener los resultados queridos por la norma”.*⁴¹

Resulta igualmente interesante comentar la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia el 28 de julio de 1998, en la cual la Corte resolvió sobre un recurso de nulidad ejercido por Johnson & Johnson de Venezuela, S.A. contra la Norma Covenin 2883-92 VENDAS ENYESADAS, y contra la Resolución del Ministerio de Fomento que declaró la indicada norma de obligatorio cumplimiento. En su fallo, la Corte destacó que cuando la ley faculta al órgano administrativo para declarar una norma de obligatorio cumplimiento, cuando la misma aluda a productos o servicios cuyo consumo o uso tenga relación directa con la salud; la vida de las personas; o cuando lo exija el interés público, el órgano administrativo queda sometido a la discrecionalidad técnica, la cual “*no es discrecional aunque su nombre así lo revele*”. Añadió la Corte a título de conclusión “*esta discrecionalidad está constituida por la aplicación de los criterios de eficiencia y racionalidad, aplicables a los distintos procesos que son objeto del control administrativo. La discrecionalidad técnica no es consecuencia libre, sino vinculada a criterios científicos de ciencia pura o de ciencia aplicada; y por otra parte, es una actividad reglada, incluso en el fin, ya que éste no puede ser sino lo expresamente señalado en la Ley*”.

Puede concluirse entonces que los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad técnica son áreas del actuar administrativo que escapan del campo de la discrecionalidad, pese a que aparentan serlo y que como contrapartida, lo reducen. Efectuada tal precisión, pasamos entonces de seguidas a determinar cuáles son las reglas o técnicas que ha diseñado la doctrina y la jurisprudencia en el derecho comparado para reducir y controlar judicialmente la discrecionalidad propiamente dicha.

41

Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 23 de marzo de 1983. Consultada en: Revista de Derecho Público N° 14, Abril-Junio 1983, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Pág. 154. En igual sentido, Cfr. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 28 de septiembre de 1981. Consultada en: Revista de Derecho Público N° 8, Octubre-Diciembre 1981, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Págs. 100-101.

2.2. De la cautelosa pero progresiva evolución de las técnicas de reducción y control judicial de la discrecionalidad: una evolución doctrinal recogida por la jurisprudencia.

La jurisprudencia, en particular la española ha ido tímida pero progresivamente evolucionando hacia la ampliación del control judicial de la discrecionalidad administrativa. Para ello, sencillamente le ha bastado con recoger las diferentes técnicas de control de la discrecionalidad elaboradas por la doctrina. Primero recogió la técnica de la desviación de poder, aun en boga, y en general de los elementos reglados del acto discrecional (competencia, vicio de forma). Luego, evolucionó hacia el control de los hechos determinantes hasta llegar a la aplicación de los principios generales del derecho como técnica de control de la discrecionalidad. Incluso, ha ido avanzando hacia el área de la oportunidad, tradicionalmente excluida de control jurisdiccional, por la vía de los principios de razonabilidad, lógica, justicia, igualdad y proporcionalidad. Debe advertirse sin embargo que la jurisprudencia francesa, la venezolana y la norteamericana, entre otras, también han sido permeables a las técnicas de control antes indicadas, conforme pasaremos a ver de inmediato.

2.2.1. La Desviación de Poder: el primer gran hito.

Nadie duda en opinión de CHINCHILLA MARÍN que la desviación de poder surgió como una elaboración de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés para controlar la potestad discrecional, la cual venía escapando del control jurisdiccional⁴². En Francia, antes de que surgiera esta forma de control, el acto discrecional podía ser impugnado por incompetencia o vicio de forma, elementos reglados de todo acto administrativo. Si no incurría la Administración en alguna de esas dos infracciones, el acto era inimpugnable.

⁴²

CHINCHILLA MARÍN, Carmen. “*La Desviación de Poder*”, Editorial Civitas, S.A., 2ª edición actualizada y ampliada, Madrid, 1999, Pág. 84. En igual sentido se pronunció Eduardo García de Enterría, a cuyo efecto sostiene que “*la técnica en cuestión [la técnica de la desviación de poder] es un hallazgo de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, que se produce (...) en la segunda mitad del siglo pasado (arrêt Lebasts de 1864: el prefecto solo puede regular la entrada, estacionamiento y circulación de vehículos en los patios de las estaciones de ferrocarril en interés de la policía, no para asegurar la ejecución de un contrato entre una compañía ferroviaria y un empresario de vehículos públicos) a partir de que la constatación de que toda actividad administrativa debe dirigirse a la consecución de un fin, determinado siempre, expresa o tácitamente (y por tanto, elemento necesariamente reglado)*” (GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: Ob.cit., Pág. 458).



El control de los elementos reglados del acto discrecional constituye así la primera técnica de reducción y control judicial de la discrecionalidad. En Venezuela, esa técnica fue reconocida por vez primera en la citada sentencia de nuestro Supremo Tribunal del 6 de noviembre de 1958 (Caso: Reingrüber), ratificada luego por la recaída en el caso Depositaria Judicial. Cabe acotar que la técnica del control de los elementos reglados del acto aún no ha perdido vigencia, pues hemos visto como en fecha reciente, el 9 de junio de 1999 la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en el caso C.NA. Seguros La Previsora se refirió nuevamente a la revisión de los elementos reglados, en particular la competencia, como técnica de control de la discrecionalidad.

Fue sin embargo, el elemento fin el que se consideró en un principio el más idóneo para controlar la discrecionalidad, luego claro está que el Consejo de Estado creara la doctrina de la desviación de poder. Como afirma MARTINEZ USEROS con esa doctrina “...se supera la vieja noción del acto discrecional sustraído a la apreciación del juez, en tanto la legalidad externa haya sido cumplida, y que adquiere el fertilísimo dogma de que el poder de apreciación de que gozan las autoridades administrativas para la realización de determinados actos se halla también sometido a la censura jurisdiccional. Se creó así un instrumento eficaz para controlar el sometimiento a sus naturales límites de la potestad discrecional”.⁴³

En Italia, por influencia francesa también se consagró esta técnica de control de la discrecionalidad, a cuyo efecto ALESSI enfáticamente afirma que “*fue precisamente con el fin de limitar la esfera de discrecionalidad de la Administración que encontró aplicación, por obra de la jurisprudencia del Consejo de Estado la figura del exceso de poder, llevándose a cabo, en primer lugar, mediante la teoría de la desviación de poder*”.⁴⁴

En España también fue acogida con entusiasmo la técnica de la desviación de poder. De hecho, su origen se conecta con el control jurisdiccional de los actos discrecionales. Es de señalar que el origen de la desviación de poder se remonta a la Constitución de la II República en la que, conforme vimos precedentemente, fue consagrada en forma expresa.

⁴³ MARTINEZ USEROS, E. “Desviación de poder”, voz de la Enciclopedia Jurídica, Tomo VII, Seix, Barcelona, 1955, Pág. 316.

⁴⁴ ALESSI, R. “Instituciones de Derecho Administrativo”, Editorial Bosch, Barcelona, 1970, Tomo I, Pág. 330.

En nuestro país, la jurisprudencia ha reconocido en la desviación de poder una forma de control de la discrecionalidad. En sentencia del 6 de marzo de 1995 (Caso: Ingrid Spiritto de Rodríguez vs Consejo de la Judicatura), la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia precisó que la “*valoración, evaluación o calificación que realizan en la actualidad los jurados de los concursos para proveer cargos judiciales, es manifestación típica del poder discrecional y del uso indebido de esa discrecionalidad puede resultar la utilización de facultades legalmente previstas para el logro de fines ilegítimos y preconcebidos, viciando el acto por desviación de poder”.*

La gran crítica que debemos formular a esta técnica de control estriba en su dificultad probatoria. No obstante, la doctrina española⁴⁵ consciente de lo difícil que resulta probar la desviación de poder ha sugerido, apoyada en las sentencias de 28 de octubre y 1º de diciembre de 1959, 14 de noviembre de 1990 y 14 de octubre de 1994 la flexibilización de la prueba de la desviación de poder. Al tal efecto, sostiene que si bien no basta con meras presunciones no es necesaria una prueba plena. Es suficiente con acreditar aquellos hechos o circunstancias que permitan al Tribunal llegar a la convicción de que la actuación administrativa responde a una finalidad distinta de la querida por el legislador. Ilustrativa de esta técnica lo es la sentencia del 7 de octubre de 1971, de cuya simple lectura se infiere el designio preconcebido de conferir el nombramiento de Director de los Establecimientos Provinciales de Beneficencia a “*Don Avelino*”.

Fue de este modo entonces como junto a la fiscalización externa del acto (por motivos de incompetencia, vicio de forma o ilegalidad en cuanto al contenido) se creó la posibilidad de revisar la parte interna del acto: el fin, siendo por ello la técnica de la desviación de poder el primer gran hito del control jurisdiccional de la discrecionalidad propiamente dicha.

2.2.2. Del control de los hechos a los principios generales del derecho.

La evolución del control de la discrecionalidad, luego de la técnica de la desviación de poder, apuntó hacia el **control de los hechos determinantes** de la decisión discrecional, lo cual según nos explica GARCÍA DE ENTERRÍA era vedado tradicionalmente al juez de acuerdo a una interpretación del principio de separación de poderes, de la que no ha conseguido desprenderse el derecho norteamericano, según la cual los hechos se consideran una cuestión ajena a la legalidad. No puede quedar al arbitrio de la Administración

⁴⁵

ESCRIBANO COLLADO, Pedro: Ob.cit., Págs. 363-364.



discernir si un hecho se produjo o no se produjo o que algo ha ocurrido cuando realmente no ha sido así.

La existencia y características de los hechos determinantes escapan a toda discrecionalidad y su control quedará restringido a lo que resulte de la prueba que se practique en el proceso correspondiente. No puede la Administración desfigurar o inventar los hechos sino que han de ajustarse a la realidad, sin perjuicio de sus facultades discrecionales para su apreciación. Resulta elocuente la sentencia que en materia de planeamiento urbanístico, el último gran reducto de la discrecionalidad, se dictó en fecha 22 de noviembre de 1986 (Caso: Plan General de Vilafranca del Penedés) y en la cual se anuló la calificación dada a un terreno como jardín a conservar dado que ni por su tamaño ni por su ubicación ni por su contenido (limitado a la existencia de árboles y arbustos) tenía interés artístico en sí mismo.

Además del control de la exactitud o realidad de los hechos que sirven de fundamento al ejercicio de un poder discrecional, podrá controlarse éste último por medio de la calificación jurídica que de los hechos hiciera la Administración. El arrêt Gomel del Consejo de Estado dictado el 4 de abril de 1914 es considerado el primer caso de *“control de la calificación jurídica de los hechos”*. En el caso en particular se analizó el poder de un Prefecto para negar un permiso de construcción, en el supuesto que en determinadas áreas urbanas de París, el alineamiento y el nivel de la construcción proyectada en la vía pública no se encontrase acorde *“a las prescripciones que le fueron hechas en interés de la seguridad pública, la salubridad, así como la conservación de perspectivas monumentales y del sitio”*. Con base en ello, el Consejo de Estado dictaminó que en la plaza Beauveau de París, en la cual se proyectaba la construcción *“no podía ser observada en su conjunto formando una perspectiva monumental”*, por lo que consideró que el Prefecto, al negar el permiso, había hecho una falsa aplicación de la ley.

Con base en la técnica del control de la calificación jurídica de los hechos, cada vez que la ley subordine el ejercicio de un poder de la Administración a la existencia de ciertos hechos, el juez verificará si los hechos están efectivamente cumplidos y si justifican la emisión del acto. Es así como la jurisprudencia francesa ha controlado el carácter artístico de monumentos y ciudades, el carácter pornográfico de una publicación o el carácter inmoral de un film.

Es así como llegamos a los principios generales del derecho como técnica de reducción y control judicial de la discrecionalidad. Acertadamente JUAN CARLOS CASSAGNE sostiene que *“...los principios generales del derecho*

*operan como garantías que impiden el abuso de las potestades discrecionales por parte de la Administración pues si aquellos son la causa o base del ordenamiento jurídico no puede concebirse que el ejercicio de los poderes discrecionales pudiera controvertirlos”.*⁴⁶

Entre los principios generales del derecho que podrían y han sido invocados a efectos de controlar la discrecionalidad tenemos en primer lugar el **principio de la racionalidad** (la decisión administrativa discrecional no puede ser ilógica o irrazonable). Al efecto, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en una muy reciente sentencia del 9 de junio de 1999 (Caso: Reina Henríquez de Peña) precisó:

*“Uno de los principios fundamentales de la actuación administrativa, íntimamente imbricado con el principio de legalidad, es el **principio de racionalidad**. Dicha racionalidad no es puramente abstracta, sino que se encuentra profundamente ligada a la realidad misma y en cada caso concreto, al supuesto de hecho. **Ello se encuentra claramente reflejado en nuestro derecho positivo, particularmente en lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.***

*Se trata entonces de que la Administración debe dictar sus actos atendiendo siempre al supuesto de hecho que se presente, y ese supuesto de hecho sin duda, se encuentra sometido a circunstancias de orden temporal. De manera que lo que un acto administrativo haya resuelto racionalmente en un momento determinado puede reclamar una solución distinta en oportunidades posteriores. (...) En definitiva, considera esta Sala que, dado el enorme lapso transcurrido entre el momento en que se aportaron las credenciales en el concurso, y el momento en que las mismas se evaluaron y se nombró al juez; tanto el veredicto emitido por el juzgado como el subsecuente nombramiento, se encuentran viciados de nulidad, **por contrariar un principio general del derecho como lo es el de la racionalidad** por haber perdido toda vigencia los hechos y circunstancias que sirvieron de fundamento fáctico a la decisión”.*⁴⁷
(Resaltado nuestro)

⁴⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. “Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo”, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, Pág. 78.

⁴⁷ Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 9 de junio de 1999, con ponencia del Magistrado Humberto J. La Roche (Caso: Reina Henríquez de Peña). Consultada en: “Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, Repertorio Mensual de Jurisprudencia de Oscar Pierre Tapia, Tomo 6, Págs. 245 y sgtes. Respecto al principio de racionalidad, Cfr. también sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 22 de septiembre de 1983. Consultada en: Revista de Derecho Público N° 16, Octubre-Diciembre 1983, Pág. 134.



Otros de los principios generales del derecho que podrían y han sido invocados a efectos de controlar la discrecionalidad son el de la **justicia o equidad** en el entendido que la decisión discrecional no puede ser inicua, inequitativa o injusta; el de respeto a los derechos y libertades fundamentales previstas en la Constitución; el de **igualdad** y el de la **buena fé**⁴⁸, de forma que toda actuación del funcionario que con intención falsee la verdad, se encontrará viciada de ilegalidad. Por otra parte, el **principio de la proporcionalidad**, en virtud del cual en la decisión dictada en ejercicio de poderes discrecionales debe existir una adecuación entre los supuestos de hecho y la decisión en sí misma considerada. Este principio se consagra expresamente como límite a la discrecionalidad en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela en su artículo 12, en el Código Administrativo de Colombia en su artículo 36 y en el artículo 7.f de la Ley de Procedimientos Administrativos de Argentina. En atención a este principio, las medidas adoptadas en ejercicio de potestades discrecionales deben ser proporcionales tanto a los fines que prevé la norma como a los hechos que las motivan, principios de especial aplicación en materia sancionatoria en el sentido que las sanciones han de guardar una razonable discrecionalidad con la sanción cometida. Un buen ejemplo de ello es el arrêt Benjamin del 19 de mayo de 1933, en el cual el Consejo de Estado anuló una prohibición de celebrar una reunión impuesta por un Alcalde, considerando que la eventualidad de las perturbaciones no presentaban un grado de gravedad tal que él no pudiera, sin prohibir la conferencia, mantener el orden decretando las medidas de policía pertinentes.

Todos estos principios generales del derecho por medio de los cuales se ha llegado a controlar la discrecionalidad se engloban en la jurisprudencia argentina y uruguaya, según nos explica ALLAN BREWER CARÍAS⁴⁹, en la exigencia de la razonabilidad de la actuación administrativa, de forma que un acto discrecional es susceptible de revisión si es irrazonable o arbitrario. En igual sentido se pronuncia la administrativista CONSUELO SARRIA⁵⁰ al señalar

48

“El principio de buena fe ha sido invocado para el control de la discrecionalidad en el otorgamiento de licencias de importación, negándose que los cambios de criterio en la política de comercio exterior y el bloqueo de aquéllas pueda efectuarse de forma sorpresiva sin el conocimiento de los importadores y exportadores, que de manera periódica y regular vienen participando con la Administración en la referida política (Sentencia de 5 de octubre de 1985)” (PARADA, Ramón: Ob. cit., Pág. 106).

49

BREWER CARÍAS, Allan Randolph: Ob.cit., Pág. 67.

50

SARRIA, Consuelo. *“Discrecionalidad Administrativa”*. En: CASSAGNE y otros. *“Acto Administrativo”*, Tucumán, 1982, Pág. 118.

que la Administración debe tomar en cuenta la razonabilidad o razonabilidad y en tal virtud, ha de ser y estar de acuerdo con la razón y respetar los principios generales del derecho, en particular señala a la justicia, la igualdad, la proporcionalidad y el derecho a la defensa.

El principio de razonabilidad ha tenido aplicación en la jurisprudencia francesa relativa al “*error manifiesto de apreciación*”. En el arrêt Societé Anonyme Libraire Maspero del 2 de noviembre de 1973, el Consejo de Estado declaró que no estaba viciada de error manifiesto la apreciación del Ministro del Interior respecto al peligro que para el orden público representaba la circulación, distribución y venta de la Revista Tricontinental, editada en Cuba. Este quizás no es el caso más emblemático de error manifiesto de apreciación, puesto que más que de poderes discrecionales se está en presencia de un concepto jurídico indeterminado que impone una única solución justa (la revista representa o no un peligro para el orden público), mas sin embargo sirve para demostrar que el juez no ha de pronunciarse sobre la apreciación de los hechos sino sobre el error que ha podido viciar esa apreciación.

El “*error en la apreciación de los hechos*” fue precisamente la técnica empleada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia del 7 de julio de 1988 así como por el Tribunal Supremo Español en el fallo del 4 de abril de 1990 al conocer de la apelación que contra de la primera de las nombradas ejerciera la Generalidad de Cataluña.⁵¹ El recurso que dio lugar al fallo en primera instancia fue promovido por los propietarios de una finca que se veían afectados por las previsiones del Plan General de Ordenación Urbana de Lloret de Mar, que proyectaba la construcción de un vial de circulación en terrenos propiedad de aquéllos.

En ambas decisiones se hace un reconocimiento de la amplia discrecionalidad de que goza la Administración en materia de planificación urbanística pero a su vez, de su absoluta posibilidad de control judicial. Sin embargo, lo más importante de ambas decisiones es que concluyen, visto el estudio pericial practicado en el proceso, que la planificación urbanística proyectada era errónea y carente de racionalidad. Al efecto, destacan (i) el primer tramo vial contemplado en el mencionado Plan General, atraviesa innecesariamente terrenos de la parte

⁵¹

Para un estudio detallado y crítico de ambas sentencias, recomendamos revisar el siguiente estudio: SUAY RINCÓN, José. “*El control de la actividad discrecional de la Administración: el error en la apreciación de los hechos (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de julio de 1988 y del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1990)*”. En: *Revista de Administración Pública* N° 124, Centro de Estudios Constitucionales, Enero-Abril 1991, Madrid, Págs. 249-262



recurrente, desconociendo que a pocos metros llevaba en funcionamiento desde años un vial que cumplía idéntico objetivo, vial que, según señala el Tribunal Supremo “*figura en la base topográfica de los documentos de ordenación del Plan General cuya adaptación significaría un aprovechamiento fáctico y económico de la situación existente*”, aunado a que la construcción del primer tramo lesionaría de manera importante la finca de la parte recurrente (inutilizaría zonas de acampada; reduciría el número de plazas; afectaría un pozo de captación de agua potable, entre otros daños); y, (ii) el segundo tramo vial contemplado en el Plan, resultaba económicamente inviable por sus “*elevadísimos costes*” de ejecución dadas las características topográficas del terreno.

La observación que formulan los mencionados organismos jurisdiccionales en las decisiones comentadas respecto al segundo tramo vial proyectado en el Plan General de Ordenación Urbana de Lloret de Mar, alude a otra técnica de reducción y control judicial de la discrecionalidad: el “*análisis costos-beneficios*”, también denominada “*test de la alternativa menos gravosa*”.

Empero vale decir que la **técnica del balance costos-beneficios**, de particular aplicación en materia de urbanismo y expropiación, es un aporte de la jurisprudencia francesa. Nos ilustra sobre esta técnica el arrêt denominado Ville Nouvelle Est adoptado por el Consejo de Estado en fecha 28 de mayo de 1971. En este caso, el Consejo de Estado luego de analizar si era o no de utilidad pública la operación y en particular, si el proyecto reunía tal carácter consideró que una operación no podría ser legalmente declarada de utilidad pública sino cuando los atentados a la propiedad privada, el costo financiero, y eventualmente los inconvenientes de orden social que ella comporta, no son excesivos en relación al interés que ella represente. Se trata pues de un balance entre las ventajas e inconvenientes de la operación, balance en el cual habrá de apreciar tanto el costo económico como el social.

Muy similar al anterior fue el relativo al arrêt Soc. Civile Sainte-Marie de l’Assomption del 20 de octubre de 1972 en el cual correspondió al Consejo de Estado juzgar acerca de la utilidad pública del proyecto de la autopista norte de Niza, cuya construcción amenazaba el Hospital Psiquiátrico Sainte-Maire. Tal proyecto representaba una pugna entre dos intereses contrapuestos: el de la circulación y el de salud pública. Pesó más el de la salud pública y por tanto, se declaró la nulidad del decreto declarativo de utilidad pública.

Como se puede apreciar en ambos arrêts los jueces no entran a analizar el ejercicio de poderes discrecionales, sino que por el contrario su núcleo esencial

es la determinación de la correcta aplicación de un concepto jurídico indeterminado, cual es, en ambos casos la utilidad pública. Merece señalarse que en el derecho norteamericano, se observa una técnica muy similar pero que sí alude al ejercicio de poderes discrecionales. Así se observa en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos dictada en 1971 y recaída en el caso “*Citizens to Preserve Overton Park, Inc vs Volpe*”. Es el caso que la ley disponía que el Secretario de Transporte no podía otorgar fondos federales para financiar la construcción de carreteras a través de parques públicos si existían otras alternativas prudentes y factibles, siendo de destacar que la acción fue impulsada por una organización destinada a la preservación del mencionado parque, organización que en nuestro ordenamiento jurídico, constituiría una organización de la sociedad civil o de control de intereses difusos que media entre el gobierno y la sociedad. Pues bien, la autorización para construir la autopista a través del Parque Overton fue revocada por la Corte, para lo cual sostuvo que la agencia no podía afirmar que había ausencia de “*prudente alternativa*”, - eje de la discusión planteada -, a menos que esa alternativa significase un problema de **extraordinarias magnitudes y costos para la comunidad**, en cuyo caso resultaría permisible la construcción de la autopista a través del Parque Overton. La Corte en este caso penetró en el campo de la discrecionalidad al discernir sobre las razones de mérito y oportunidad que tuvo la agencia al dictar su autorización.

Como se ve ha habido un incremento progresivo de las técnicas de reducción y control judicial de la discrecionalidad que persiguen a toda costa evitar la arbitrariedad de la Administración, llegando incluso los jueces a cuestionar la oportunidad de la decisión, área tradicionalmente excluida de control que ha comenzado tímidamente a ser revisada por los órganos jurisdiccionales.

III. HACIA LA SUSTITUCIÓN JUDICIAL DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS DISCRECIONALES: UNA POLÉMICA INCONCLUSA.

Ciertamente el tema de la sustitución judicial de las decisiones administrativas discrecionales constituye hoy por hoy una polémica inconclusa, como bien lo advierte FERNANDO GARRIDO FALLA en su condición de espectador de una polémica que mantienen TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ y LUCIANO PAREJO ALFONSO, a la cual se han adherido otros autores como GARCÍA DE ENTERRÍA, IGARTUA y ATIENZA.⁵² La interrogante es muy sencilla

⁵²

GARRIDO FALLA, Fernando: Ob.cit., Pág. 148.



¿debe el juez que, luego de haber aplicado el test de racionalidad y el test de razonabilidad, haya podido determinar la disconformidad del acto discrecional con el Ordenamiento Jurídico, limitarse a anular el acto discrecional o puede además, sustituir la decisión administrativa enjuiciada por la suya propia?

3.1. La aplicación del test de racionalidad y del test de razonabilidad en miras a la mera anulación del acto discrecionalidad.

La Administración ha de actuar de un modo racional y razonable (términos que la jurisprudencia anglosajona engloba bajo el término *unreasonableness*). Corresponde a los tribunales confrontar sus razones (únicamente de derecho) con las razones de la Administración (jurídicas, económicas, sociales, técnicas, ambientales, entre otras). Es por ello que GARCÍA DE ENTERRIA señala que “...la tarea de los tribunales no consiste, por tanto, en repetir el mismo ejercicio que la Administración para llegar, a través de él, al mismo o diferente resultado, lo que les convertiría, ciertamente, en administradores, sino en verificar si en el ejercicio de su libertad decisoria la Administración ha observado o no los límites con el que el Derecho acota esa libertad y si, finalmente, la decisión adoptada puede considerarse, en consecuencia como una decisión **racionalmente justificada** o por el contrario, como el simple fruto de la voluntad desnuda de quien la ha adoptado”.⁵³

Esta verificación impone un doble test: un test de racionalidad y un test de razonabilidad. La jurisprudencia española al igual que la inglesa se mueven entre ambos test, en un espacio, intermedio respecto a la norteamericana que ha ido más allá y se encuentra en la zona comprendida entre el *test de razonabilidad* (exclusión de decisiones irrazonables) y la doctrina del *hard lock* (imposición de una única decisión considerable razonable). Ello se patentiza en el caso *Chevron vs National Resources Defense Council*, en el cual la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América expresó que la facultad de decidir si la determinación de la agencia es o no “razonable” reside en las Cortes revisoras, de manera que si una Corte decide invalidar una interpretación de una agencia, le bastaría con afirmar que no era razonable.

Retomemos el hilo conductor de nuestra exposición. La verificación que debe hacer el juez, a los fines de determinar la disconformidad con el Ordenamiento Jurídico del acto discrecional, impone un doble test: un *test de racionalidad* y

⁵³

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: Ob.cit., Pág. 471.

un *test de razonabilidad*. En aplicación del primero (*el test de racionalidad*), parafraseando a GARCÍA DE ENTERRÍA⁵⁴, el Tribunal deberá comprobar:

- (i) “*Si la realidad de los hechos ha sido respetada o falseada*”, esto es, los hechos deben ajustarse a la realidad, siendo su prueba en el proceso de singular importancia;
- (ii) “*Si se ha tomado o no en consideración por la Administración algún factor jurídicamente relevante o se ha introducido por ella en el procedimiento algún otro que por el contrario no lo sea*”. En lo que a este particular concierne, resulta ilustrativa la sentencia española del 15 de diciembre de 1986 (Caso: Plan General de Tarrasa), en la que se declaró que “*aun guardando la distancia de catorce metros **no resulta racional** el establecimiento de una guardería infantil en la misma manzana en la que fijara una industria como la descrita (insalubre y peligrosa)*”;
- (iii) “*Si se ha tenido en cuenta o se ha obviado el mayor peso o mayor valor que, eventualmente, otorgue el ordenamiento jurídico a alguno de esos factores*”. (Por ejemplo, en el caso de las sentencias españolas del 3 de noviembre de 1980 y 16 de noviembre de 1982, producidas a propósito de sendas denegaciones de autorización de la instalación de dos industrias, se dispone que la libertad de empresa debe prevalecer sobre la legislación de dimensiones mínimas aplicable a las nuevas industrias)
- (iv) “*Si, en caso de que todos los factores de obligada consideración tienen el mismo valor jurídico, se ha razonado o no la concreta opción a favor de uno de ellos o el razonamiento aportado adolece de errores lógicos o en fin, resulta inconsistente con la realidad de los hechos*” (Un atinado ejemplo de este elemento de comprobación judicial es la sentencia del 11 de junio de 1991 referida a un caso en el que en igualdad de capacitación y experiencia de dos empresas para la construcción de una obra, la Administración adjudicó el contrato a la más costosa).

Si la aplicación de este primer test resulta desfavorable para la Administración, el juez tendrá que **anular la decisión discrecional sometida a su control**. Si

54

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: Ob.cit., Págs. 471 y sgtes.



por el contrario, le resultó favorable, el juez deberá confirmar la solución elegida por la Administración, a menos que esta solución (*test de razonabilidad*) adolezca de incoherencia por su notoria falta de adecuación al fin de la norma o resulte claramente desproporcionada “*no ya a sus ojos sino a los de cualquier persona sensata*” precisa GARCÍA DE ENTERRÍA (*standard de conducta en palabras de la jurisprudencia anglosajona*).

3.2. *La tutela judicial efectiva como fundamento del poder de sustitución.*

La discrecionalidad supone una pluralidad de soluciones igualmente justas entre las cuales la Administración puede elegir con libertad por ser todas legalmente aceptables. En tal virtud el resultado final de un proceso contra un acto discrecional será en principio y normalmente su anulación, siempre que la Administración haya sobrepasado los límites que le impone el Ordenamiento Jurídico y en particular, la norma habilitante.

Ahora bien, cabe preguntarse *¿puede el juez, además de anular la decisión discrecional, sustituir la decisión anulada por la suya propia?*. Surge así la gran polémica aún inconclusa. Por los momentos tanto TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ como GARCÍA DE ENTERRÍA, coinciden, opinión a la cual nos adherimos, en que es posible que con motivo del proceso contencioso administrativo contra la decisión discrecional, el elenco de alternativas se reduzca e incluso, desaparezca, quedando al final del mismo una única solución. Es lo que la doctrina alemana llama la reducción a cero de la discrecionalidad (*Ermessens reduzierung auf Null*). Asevera GARCÍA DE ENTERRÍA que “*cuando ésta se produce en un proceso dado, es absolutamente inevitable que el juez lo reconozca así e incorpore al fallo esa única solución ya posible, porque así lo impone la lógica más elemental y así lo exige, en fin, el derecho a la tutela judicial efectiva y plena que reconoce y garantiza el artículo 24 de la Constitución*”.⁵⁵ Consideramos que tal razonamiento resulta perfectamente aplicable en nuestro país a la luz de la legislación y la jurisprudencia, máxime si se toma en consideración que ésta ha reconocido el derecho a la tutela judicial efectiva, hoy de rango constitucional.

La conclusión expuesta por GARCÍA DE ENTERRÍA fue recogida en la sentencia española del 21 de septiembre de 1993, dictada en materia de

⁵⁵

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: Ob.cit., Págs. 473-474.

planeamiento urbanístico, materia en la cual reina la discrecionalidad por doquier. En efecto, en el aludido fallo se señaló categóricamente:

“Pero después, una vez elegido el modelo y fijados “los criterios de la ordenación” propuesta, con las líneas generales de planeamiento se va atenuando la discrecionalidad como consecuencia de la propia decisión – “elección” – del planificador: las concretas calificaciones del suelo han de resultar coherentes con la decisión inicial, de donde deriva que el amplio abanico primario de posibles calificaciones se va reduciendo, siendo posible que incluso desaparezca la discrecionalidad cuando ya sólo resulte viable una única solución que se imponga por razones de coherencia”.

(Resaltado nuestro)

Resulta más ilustrativa por su sencillez la dictada por el Tribunal Supremo Español el 11 de junio de 1991, en la cual visto que al concurso convocado por el Ayuntamiento se presentaron solamente dos ofertas y que una debía ser desechada, el elenco de posibles soluciones se redujo a una sola alternativa. Cabe destacar que las dos empresas ofertantes se encontraban en el mismo plano de igualdad, pues ambas gozaban de “un alto grado de capacitación, experiencia y medios suficientes”. Concluyó con base en esa premisa la encomiable sentencia:

“De ello deriva que la decisión ajustada a Derecho era la de adjudicar el control a la hoy apelante y así esta declarado esta Sala que, en virtud del principio de efectividad de la tutela judicial – art. 24.1. de la Constitución puede sustituir a la Administración en sus pronunciamientos cuando existe ya para ello base suficiente en los autos”.

PAREJO ALFONSO por su parte es del criterio que “...conforme a la propia Norma Fundamental esa tutela se otorga, precisamente cuando se trata de la actuación administrativa, bajo la forma específica de control de la legalidad de ésta (art.106.1 CE) para concluir que ese control consiste en ‘supervisar, censurar y corregir la actuación de otro, con el contenido y la intensidad y el alcance que se quieran, pero sin poder llegar en ningún caso a comprender en la correspondiente actividad, sin más la sustitución de la controlada, pues ello supondría la confusión entre una y otra’”.⁵⁶ El profesor PAREJO se opone abiertamente a la doctrina recogida en la sentencia del 11 de junio de 1991 por considerar que ella resulta contraria a la división de

⁵⁶

PAREJO ALFONSO, Luciano. “Administrar y Juzgar: dos funciones distintas y complementarias”, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, Págs. 48-49.



la competencia entre los poderes públicos. Estima PAREJO que el juez administrativo es un “*administrador negativo*”, al igual que lo es el Tribunal Constitucional respecto del poder legislativo, de forma que la competencia del juez se agota y limita a determinar si el acto se ajusta o no al Derecho, esto es, al examen de la legalidad.

La respetable, mas no compartida por nosotros posición del ilustre administrativista acusa el temor de la doctrina clásica en convertir al Poder Judicial en un poder que invade la zona de reserva del poder administrativo (oportunidad, mérito o conveniencia) y en transformarlo en lo que HÉCTOR JORGE ESCOLA denomina un “*verdadero poder superadministrador*”.⁵⁷

La opinión de PAREJO ALFONSO en el sentido de que al juez administrativo sólo corresponde la mera anulación del acto, más no sustituirse en la Administración es duramente criticada por TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ en su citada obra “*La Arbitrariedad de la Administración*”, en particular le critica el no reconocer que en España la concepción tradicional del contencioso administrativo fue superada. El contencioso español abandonó el modelo francés del *excés de pouvoir* en el cual el proceso era un proceso al acto, de forma que hoy “*...es proceso de efectiva tutela de derechos, los del recurrente y los de la Administración, entre sí confrontados. No se trata pues de un supuesto proceso objetivo o sin partes*”⁵⁸.

Cabe advertir que GARCÍA DE ENTERRÍA, a diferencia de TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ tiene una posición moderada y mucho más matizada en cuanto a la posibilidad de sustitución por el juez de la decisión discrecional. Advierte que sólo podrá así proceder si al final del proceso, el elenco de alternativas se reduce o elimina y queda por tanto una única solución posible. Por el contrario, si al final del proceso, resultan varias posibles soluciones, todas ellas lícitas y razonables, únicamente la Administración podrá decidir al respecto, en cuyo caso el juez deberá limitarse a anular la decisión discrecional contraria al Ordenamiento Jurídico y la Administración será la llamada a elegir posteriormente una nueva solución.

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ se muestra como el principal abanderado de una posición más extrema y si se quiere radical: el juez puede sustituir la

⁵⁷

ESCOLA, Héctor Jorge. “*Compendio de Derecho Administrativo*”, Volumen I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990, Pág. 165

⁵⁸

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “*Hacia una nueva justicia administrativa*”, Editorial Civitas, S.A., 2ª edición ampliada, Madrid, 1989, Págs. 60 y sgtes.

decisión discrecional no sólo en el caso de la reducción de posibles soluciones a una sola. Ello en virtud que el juez es el garante de la tutela judicial efectiva y en tal virtud, “...la situación jurídica alterada por el acto disconforme con el Ordenamiento Jurídico debe ser en todo caso restablecida, bien directamente por la propia sentencia si el juzgador cuenta con elementos de juicio suficientes para ello (...) bien indirectamente sentando en la propia sentencia la bases para su ulterior ejecución, porque así lo exige la efectividad de la tutela judicial”.⁵⁹

Creemos que la posición de TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ ha de ser analizada con mucha cautela, pues su uso irracional podría desencadenar en otro problema, incluso de mayor envergadura y de suyo más difícil de solucionar: **la arbitrariedad del juez**. Darle al juez la posibilidad de sustituirse en la decisión administrativa discrecional, *sin mayores límites o parámetros* que no sean aquéllos que los provengan de su libre arbitrio traería indefectiblemente consigo su absoluta e incontrolable intromisión en asuntos meramente técnicos cuyo conocimiento corresponde a la Administración, máxime si se trata de decisiones emanadas de organismos administrativos altamente especializados. El uso irracional e imponderado de tal posibilidad daría al traste con el ya golpeado principio de separación de poderes. Cobrarían sentido entonces las palabras de PAREJO y de ESCOLA ante esa ilimitada libertad del juez en escoger entre varias posibles soluciones todas justas cual es en su criterio la más conveniente u oportuna, habida cuenta que se comportaría efectivamente como un verdadero “superadministrador”.

En síntesis, compartimos totalmente la posición de los españoles FERNÁNDEZ y GARCÍA DE ENTERRIA en el entendido que la sustitución de las decisiones administrativas discrecionales sometidas al control judicial resulta procedente, siempre que de los autos del expediente se compruebe que el abanico o elenco de soluciones “justas” se redujo a una sola alternativa.

Creemos que la doctrina, promotora de muchos de los cambios verificados en el derecho administrativo contemporáneo, debe discernir, discutir, polemizar aun más en torno a la espinosa pregunta inicialmente planteada *¿puede o no el juez sustituir la decisión administrativa discrecional objeto de revisión judicial si al final del proceso se encuentra ante varias posibles soluciones todas justas?*. Por de pronto, solo nos atrevemos a adelantar que quienes piensen en una respuesta afirmativa tienen la responsabilidad no sólo de justificar

⁵⁹

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: Ob. cit., Pág. 96.



su posición sino en especial de proponer los límites y parámetros que el juez tendría que observar en caso de así proceder.

No cabe duda que esta polémica apenas comienza. Esperemos que la jurisprudencia contencioso administrativa, fungiendo de esponja de los aportes que la doctrina está llamada a hacer en esta materia y pionera como ha sido en el diseño de técnicas de control y reducción de la discrecionalidad, nos siga alumbrando el camino hacia su posible y pronta solución.

REFLEXION FINAL

El control judicial que se ejerce sobre la actuación de la Administración Pública Contemporánea es cada vez mayor. La dinámica que motoriza y da vida al Derecho Administrativo, cual es, la irreverente oposición de la Administración a un control absoluto de sus actos, se orienta en la actualidad hacia la eliminación de áreas inmunes al control judicial. Las tradicionales áreas del actuar administrativo inmunes al control judicial (*los poderes discrecionales, los poderes políticos o de gobierno y los poderes normativos de la Administración*) han perdido ese escudo de protección que les permitía mantenerse incólumes al control de los jueces administrativos.

Una de esas áreas del actuar administrativo que con la evolución del Derecho Administrativo ha ido perdiendo su inmunidad jurisdiccional ha sido precisamente: ***el poder discrecional de la Administración***. Hemos visto cómo han surgido y surgen a diario técnicas de control judicial de la discrecionalidad, técnicas que persiguen a su vez reducir ese poder discrecional y su estricta sujeción al principio de legalidad, todo lo cual, se resume en la incansable búsqueda de la interdicción de la arbitrariedad de la Administración.

Existe pues una marcada tendencia del contencioso administrativo contemporáneo hacia la reducción y control del poder discrecional de la Administración, técnicas que si bien han contribuido a escudriñar cual es el núcleo, la esencia de qué es realmente discrecional, han afectado la convivencia pacífica de la Administración y de la Justicia Administrativa, atentando así contra el venerado principio de la división de poderes.

Ello en virtud que a propósito de la evolución que ha experimentado el Derecho Administrativo en los últimos años, el juez contencioso administrativo ha dejado de ser ese "*convidado de piedra*" que se limitaba a la mera anulación de los actos administrativos, para pasar a ser un "*verdadero administrador activo*", capaz de sustituirse en la Administración.

Amparado en esa evolución, el juez contencioso administrativo ha llegado al “*atrevimiento*”, a decir de muchos autores, de sustituir en su fallo las decisiones administrativas discrecionales, objeto de revisión judicial, por la suya propia.

Creemos que esa pudiera llegar a ser, de no establecerse límites o parámetros más precisos, una perniciosa solución adoptada por el juez en su deseo de controlar el actuar administrativo que podría conducir a la arbitrariedad del juez, evidencia inequívoca del cada vez más desgastado principio de separación de poderes. No puede concebirse un juez administrativo omnipotente que pueda a su antojo sustituirse en lo que es realmente discrecional ni puede desconocerse libremente la especialización de la Administración en determinadas materias que exigen una particular experticia técnica.

Falta aún mucho camino por recorrer en el establecimiento de límites a esa posibilidad de sustitución, límites que gracias a los atinados criterios que la doctrina administrativa ha acostumbrado aportar al mundo jurídico, el propio juez podrá de seguro ir estableciendo, como lo ha venido impecablemente haciendo respecto a las técnicas de control de la discrecionalidad. Esperemos pues que la jurisprudencia siga siendo el gran bastión y sólido estandarte de los nuevos cambios que experimenta el contencioso administrativo en el mundo contemporáneo. *¡Que así sea!*

Caracas, 24 de marzo de 2000

EL USO DE LOS INSTRUMENTOS
DEL DERECHO PRIVADO EN LA
ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

EL USO DE LOS INSTRUMENTOS
DEL DERECHO PRIVADO
EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

David Quiroz Rendón

*Abogado, Universidad Católica Andrés Bello;
LL.M. Internacional Banking Law,
Boston University.*

INTRODUCCIÓN

Quiero agradecer a la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) y a su Presidenta, la Dra. Belén RAMÍREZ LANDAETA, por la gentil invitación que nos ha formulado a participar en este distinguido foro en homenaje al profesor Allan BREWER-CARÍAS, para comentar la ponencia presentada por el Dr. Fabio ROVERSI MÓNACO sobre “El uso de los instrumentos del Derecho Privado en la Actividad Administrativa”.

El título de la ponencia cuyos comentarios nos fueron encomendados parte de una serie de presupuestos fundamentales, a saber: en primer lugar, que existe un ordenamiento jurídico, distinto al ordenamiento administrativo, denominado Derecho privado¹, y es que ciertamente el

¹ Resulta inevitable hacer alusión a las distinciones que ha planteado la doctrina en relación con la existencia de diferencias entre derecho público y derecho privado. Mientras un sector, bajo diversas teorías, ha preconizado que se trata de categorías distintas (KELSEN, RIVERO, W. GOLDSCHMIDT, LARES MARTÍNEZ), otro sector niega la existencia de distinciones, afirmando que «[l]a diferenciación entre derecho público y privado carece de una nota diferenciativa jurídicamente relevante» (MERKL) y que hay un sólo ordenamiento jurídico «[e]ncaminado a dirigir todas las actividades y situaciones sociales, y que en ese carácter regula también la acción del Estado encaminada a un fin que a la postre, es el fin último de su existencia, es decir, la satisfacción de las necesidades de la colectividad entera» (SILVA CIMMA) (Vid. B. DE MAEKELT, T., *Relaciones entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Público en Lo público y lo privado*, T. II, Fundación Manuel García-Pelayo; Caracas, 1996, pp. 111- 115). Cualquiera sea la postura que se adopte, lo que resulta innegable es que más allá de las discusiones de la doctrina y de las razones que se han esgrimido para distinguir entre ambas categorías, en el último siglo hemos sido testigos de excepción frente al proceso de redefinición de los ámbitos de intervención del Estado y de la sociedad civil que se ha reflejado en la esfera jurídica, donde el derecho público y el derecho privado se interrelacionan de tal forma que las distinciones dejan de tener sentido y cada rama adopta como propias las instituciones que ha importado de la otra, amoldándola a sus necesidades.

Derecho privado difiere del Derecho administrativo tanto en su estructura como en sus finalidades: el derecho privado se caracteriza por la existencia de normas de *coordinación* para facilitar la convivencia entre los ciudadanos; el Derecho administrativo, se funda sobre idea de una *subordinación* de los particulares frente a la Administración. Ambos Derechos tienen finalidades distintas: mientras el Derecho privado persigue establecer un sistema reglas aplicables a las relaciones privadas, el Derecho administrativo regula intereses públicos, colectivos, a los cuales el interés particular está subordinado².

En segundo lugar se parte de la consideración de que existen una serie de instrumentos o técnicas pertenecientes a éste que son empleados por la Administración para la ejecución de sus actividades. Tales circunstancias son hoy en día innegables³; como lo destaca el profesor PARADA, la existencia de un régimen de Derecho administrativo, de un conjunto de normas destinadas específicamente a regular la organización y las relaciones de las administraciones públicas con los administrados y de una jurisdicción propia, la jurisdicción contencioso-administrativa, no es óbice para que en determinado tipo de relaciones, las administraciones públicas se sujeten al derecho privado e, inclusive, sometan los litigios que originen esas relaciones privadas a una jurisdicción distinta a la contencioso-administrativa; el problema reside en determinar cuándo el derecho propio o estamental, en este caso la ecuación Ente público-Derecho público, es inexcusable, y cuándo puede encontrar una alternativa de régimen jurídico privado⁴.

² Cf. MARIENHOFF, M.S. Tratado de Derecho administrativo T. I, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, pp. 173- 174.

³ Como lo ha destacado repetidamente la doctrina «[s]iempre 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». (Vid. BREWER-CARÍAS, A. *La interaplicación del Derecho público y del Derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huída y recuperación del Derecho administrativo en Las Formas de la Actividad Administrativa - II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías"*, FUNEDA, Caracas, 1996, p. 25).

⁴ Vid. PARADA, R., *Derecho Administrativo*, Parte I, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 28-29. Más aún, cabría preguntarse si a propósito de la nueva Constitución, puede hablarse en Venezuela -como ocurre en España- de una garantía constitucional de Derecho administrativo, esto es, de «[u]na reserva de Derecho Administrativo que impediría que la Administración se convirtiese en una persona de Derecho privado más, evadiéndose de las garantías y controles a cambio de perder sus privilegios, y que impediría que determinados actos administrativos quedaran, con la excusa de ser actos técnicos o <de gobierno>, excluidos del control jurisdiccional.» (Vid. DEL SAZ, S., *Desarrollo y Crisis del Derecho Administrativo. Su Reserva Constitucional* en CHINCHILLA, C. *et al. Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo*. Editorial Civitas, Madrid, 1992, p. 173).



La actividad administrativa está dedicada no sólo a realizar directamente los fines de interés general cuya satisfacción asigna la ley, sino a proveerse de los medios instrumentales necesarios para realizar tales fines; de ahí que se hable de funciones administrativas relativas a la consecución de los fines para los que ésta se instituye (funciones teleológicas), diferenciándolas de las funciones referidas a los medios o instrumentos (funciones mediales o de prevención de medios)⁵. La convicción de que el uso de algunos instrumentos de Derecho privado sirven mejor para el logro de esas finalidades de interés general es lo que, precisamente, ha llevado al legislador a habilitar a los órganos de la Administración para que acuda al ordenamiento jurídico privado y a proveerse de dichos instrumentos.

Nuestros comentarios persiguen presentar los principios rectores que orientan la actividad jurídica privada de la Administración, así como presentar de manera descriptiva algunos ejemplos de cómo la Administración venezolana en la actualidad, en ejercicio de facultades legalmente conferidas, emplea directa o indirectamente instrumentos de Derecho privado en su actividad jurídico-pública.

1. Las formas de la actividad administrativa y el uso del Derecho privado

Dentro de los parámetros que impone el título de la ponencia que comentamos, el punto de partida debe situarse en el campo de las formas de la actividad administrativa. En la doctrina no ha habido acuerdo en torno al criterio de clasificación de las formas en que se manifiesta dicha actividad⁶; así, a la clásica división tripartita de la actividad administrativa en actividad de policía, fomento y servicio público, propuesta por JORDANA DE POZAS, la doctrina contemporánea ha reconocido otras modalidades, no reconducibles a las anteriormente señaladas, que son manifestación de otras materias que ha otorgado el ordenamiento jurídico a la Administración, tales como la actividad

⁵ Cf. BALLBÉ, M. *Sistemática de Derecho administrativo*, Barcelona, Bosch, 1947 cit. por PELLISÉ PRATS, B. *Medios de la Administración pública* en Nueva Enciclopedia Jurídica, F. Seix. Barcelona, 1978, p. 243.

⁶ No obstante, otros como GARRIDO FALLA distingue entre las actividades de coacción, de fomento y de prestación. ARIÑO y VILLAR PALASÍ agregan a las anteriores la actividad industrial o de producción de bienes, cuando el Estado actúa como un agente más del mercado, y la actividad de planificación. La doctrina francesa (BENOIT, VEDEL) reduce a dos las formas de actividad administrativa: la actividad de policía y la actividad de servicios públicos. La doctrina italiana (ZANOBINI, ORLANDO) también distinguen entre actividad de limitación y actividad de prestación. (Cf. PARADA, R. *Ob. cit.* p. 436; GARRIDO FALLA, F. *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, pp. 105- 114).

administrativa sancionadora, la actividad arbitral y la actividad de gestión económica (también llamada industrial o de producción de bienes). La aplicación del Derecho privado en las actividades de la Administración se presenta con mayor o menor fuerza en algunos sectores, en la medida que los instrumentos de ese ordenamiento sean idóneos y apropiados para la consecución de los fines y necesidades que la Administración está llamada a satisfacer; en ese sentido, es evidente que el uso de los instrumentos de Derecho privado tiene menor preponderancia en actividades como las de policía o sancionadora en comparación con otras, como la de gestión económica. El grado de intensidad en la utilización de dichos instrumentos dependerá de la posibilidad efectiva de que la Administración pueda llevar adelante sus cometidos y dar soluciones a los problemas planteados desprovista de potestades administrativas, en un plano de igualdad con los administrados.

El asunto fue tratado en Venezuela hace algún tiempo por el profesor Gonzalo PÉREZ LUCIANI quien había señalado, como una tipología dentro de las formas de la actividad administrativa, aquella realizada con medios de Derecho privado, apuntando que «*Las Administraciones modernas, en una propensión siempre creciente, vienen dotadas de medios de derecho público para atender al cuidado de intereses públicos, pero al mismo tiempo y también con la misma propensión, con medios de Derecho privado, para ser utilizados alternativamente con aquellos [...]*». De otra parte, a nivel de la doctrina extranjera se había venido discutiendo desde hace tiempo el fenómeno de la huida de la Administración al Derecho privado⁷, poniendo de relieve el creciente uso de fórmulas organizativas propias del Derecho privado en el ámbito de la Administración. El tema también fue planteado por el profesor BREWER-CARÍAS en estas mismas Jornadas, hace tres años, quien lejos de observar una huida puso de relieve la reacción recuperadora del Derecho administrativo venezolano y la progresiva publicización de campos de actividad que en su origen estaban sólo reguladas por el Derecho privado⁸.

La presencia y el uso de instrumentos de Derecho privado hoy en día por la Administración Pública en Venezuela, como ocurre en la mayoría de los sistemas

⁷ Se alude a la «huida al Derecho privado», como la tendencia al empleo del Derecho civil, mercantil o laboral por las Administraciones públicas. La expresión, acuñada por Fritz FLEINER, en respuesta a las preocupaciones surgidas entre los administrativistas en Alemania, donde existe un amplio campo para la utilización del derecho privado, dada la ausencia de categorías jurídicas como el contrato administrativo o el dominio público (Cf. SALAS ARQUER, J.M. *Huida al Derecho privado y huida del Derecho* en REDA No. 075, 1992, Jul.-Sept., p. 399.).

⁸ Cf. BREWER-CARÍAS, A. *Ob. cit.* p. 60.



administrativos en el mundo, es un hecho que puede ser constatado por cualquier estudioso de la materia. Sin embargo, en Venezuela no existe un régimen general de Derecho administrativo privado, es decir, una normativa de Derecho público que regule los ámbitos privados de la actuación administrativa en la que se articulen las nociones de interés público, control y garantías fundamentales con las actuaciones administrativas⁹. Con ello de ninguna manera sugerimos que la Administración pública venezolana actúe al margen de dichos principios, sino que ha sido la propia práctica administrativa y la labor pretoriana de los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa, quienes han dado sentido a la actividad administrativa en el ámbito privado. De ahí que se haga necesario recoger, con algún sentido de comunidad entre ellos, dichos principios orientadores a fin de dar un marco jurídico más o menos acabado para el uso de los instrumentos de Derecho privado por la Administración.

El tema no es nuevo entre nosotros; ya desde hace mucho tiempo, académicos, practicantes del Derecho administrativo y la propia Administración pública han reclamado a nuestros legisladores la falta de regulación legal de áreas en las que hay una concurrencia del ordenamiento jurídico público con el privado a fin de prevenir que ambos puedan solaparse¹⁰.

No obstante, es lo cierto que el imperio del principio de la legalidad impone a la Administración limitaciones a la hora de escoger el régimen jurídico al cual debe someterse; la doctrina ha señalado que tal determinación sólo puede hacerse con vista a tres elementos fundamentales: lo que disponga la ley o los actos de rango sublegal aplicables, el interés público y la naturaleza del negocio jurídico o actividad que se va a ejecutar¹¹. Estos tres elementos se convierten en límites a la actividad administrativa privada y serán siempre de ineludible observancia.

⁹ Cf. GÓNZALEZ-VARAS, S., *El Derecho administrativo privado*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1996, p. 141.

¹⁰ Así, algunos autores han observado la falta de una Ley de Administración Descentralizada que, de manera global, uniforme el régimen para la creación, funcionamiento y control de los entes que integran dicha rama de la Administración (Cf. VILORIA, Enrique. *Comentarios al Proyecto de Ley Orgánica de la Administración Descentralizada*, RDP No. 25 Caracas, 1985). Más recientemente, algunos hemos observado la conveniencia de que se apruebe una ley general de contratos, para crear un régimen jurídico general dentro del cual se pueda desenvolver la actividad contractual de la Administración.

¹¹ Cf. FRAGA PITTALUGA, Luis, *El Arbitraje y la Transacción como Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos Administrativos* en *La Relación Jurídico-Administrativa y el Procedimiento Administrativo - II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías"*, FUNEDA, Caracas, 1996, p. 153.

1.1. Legalidad de la actividad administrativa privada

La observancia del principio de la legalidad administrativa, presupuesto básico e indispensable de toda actuación administrativa, tiene plena vigencia en el ámbito de las incursiones de la Administración en el campo del Derecho privado. El principio de la legalidad encuadra dentro de uno más extenso, que forma parte de las bases del Estado venezolano: el estado de Derecho. La vigencia del estado de Derecho se concreta en la estricta sujeción de la Administración y, en general, de todos los órganos del Poder Público al denominado bloque de la legalidad, a ese conjunto de normas formales y sustanciales, escritas y no escritas que integran nuestro ordenamiento jurídico¹².

La vigencia del citado principio se manifiesta no sólo en la necesidad de que haya una previsión legislativa que autorice a la Administración para auxiliarse de los instrumentos de Derecho privado, sino en la aplicación de ciertas disposiciones administrativas cuya inobservancia haría ineficaz el acto o negocio jurídico privado. Las nociones de capacidad jurídica y representación suficiente, propias del Derecho privado, se ven sustituidas por la de competencia: la del órgano para comprometer a la Administración y la del funcionario para actuar. La posición personal de los funcionarios públicos entraña consecuencias en orden a la modificación del régimen de determinados medios de prueba, como la confesión; la necesidad de una previsión presupuestaria en los casos en que deba producirse una erogación por la Administración; la sujeción de las operaciones al régimen de control fiscal y a los procedimientos para la selección de contratistas, aún para algunas contrataciones que no están reguladas por un régimen preponderante de Derecho público, también son algunos ejemplos de la imposibilidad para la Administración de sustraerse por completo del régimen jurídico que le es propio: el Derecho administrativo.

1.2. El interés público en la actividad administrativa privada

En el campo del derecho público la idea de interés público o general se sitúa como factor motivador y condicionante de toda acción que implique el ejercicio de potestades administrativas.

Como factor motivador, debe tenerse en cuenta que la Administración es recipiendaria de potestades no en provecho propio sino en el de la colectividad, en favor de lo que genéricamente denominamos *interés público*. En ese sentido,

¹² Cf. RONDÓN DE SANSÓ, H. *Teoría general de la actividad administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, p. 47



la facultad otorgada a la Administración de acudir al ordenamiento privado, al régimen jurídico de los particulares para desarrollar sus funciones es conferida sobre la base, precisamente, de que tal proceder es idóneo para garantizar la adecuada satisfacción de las necesidades colectivas (el *interés público*). Se trata de un interés que atiende a la colectividad en general, a un número indeterminado de individuos cuya esfera jurídica se ve afectada por la actividad de la administración. Lo público, como acertadamente lo expresa FRAGA PITTALUGA, no deriva del hecho de que sea invocado por una persona jurídico-pública; antes bien, es su radicación en la colectividad, en un conjunto de individuos identificados por una aspiración común, lo que le da tal carácter¹³. Como condicionante, el ejercicio de las potestades administrativas sólo puede darse para alcanzar los fines concretamente previstos por el legislador y no otros, de modo que, aún cuando venga a justificarse una actuación administrativa por apreciarse que la misma responde a un interés público, tal cuestión deberá medirse verificando si dicha se corresponde con las finalidades previstas en la ley.

No obstante, no debe confundirse el interés público con que obra la Administración con la cualidad con que debe concurrir la Administración en sus relaciones con los particulares. Al tratar el régimen de la actividad administrativa de Derecho privado, la voluntad de la Administración se escinde en dos manifestaciones distintas: en primer lugar, la voluntad unilateral de acudir al derecho privado y, en segundo lugar, la ejecución del acto precedente, la concreción efectiva del acto o negocio de Derecho privado. La primera manifestación tiene un carácter preparatorio e interna de la Administración, mientras que la segunda es externa y materializa la vinculación de aquella con el ordenamiento privado.

La actividad administrativa de Derecho privado se rige por el principio según el cual adoptado un cierto procedimiento jurídico por la Administración para la consecución de su fin, debe seguir rigurosamente las disposiciones que lo regulan; siendo que el interés público no es causa objetiva de los institutos de Derecho privado, cuando la Administración ejerce su actividad con arreglo a ese ordenamiento, no puede invocar el interés público para modificar o substituir sin más, a su arbitrio, la disciplina de Derecho privado que libremente ha elegido: la sujeción al Derecho privado entraña para la Administración la renuncia a deducir el interés público como causa del acto o negocio jurídico privado¹⁴.

¹³ Cf. FRAGA L., *Ob. cit.*, p. 163.

¹⁴ Cf. BALLBÉ, M. *Derecho Administrativo* en *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Edit. F. Seix. Barcelona, 1978, pp. 75-76

El interés público, por tanto, queda circunscrito al ámbito interno de la Administración, al acto administrativo preliminar que proyecta la realización del acto o negocio de Derecho privado. Ello no implica sin embargo, que si la Administración por circunstancias sobrevenidas considera que el interés público es contrario a la subsistencia de la relación jurídica nacida del acto o negocio jurídico privado, no pueda hacer valer este interés público: la Administración, por el contrario, siempre tiene a su disposición un medio unilateral, coercitivo de hacer prevalecer el interés público cuando esté en conflicto con intereses o derechos privados, cual es la extinción de esos derechos mediante oportuna y justa indemnización¹⁵.

1.3. La naturaleza de la actividad administrativa

Es tarea del legislador determinar qué actividades de la Administración pueden ser sometidas a un régimen de Derecho privado y cuales permanecerán dentro del Derecho público. Sin embargo, dicha tarea no puede ser el resultado de una evaluación empírica; más allá de los beneficios inmediatos y de la relación costo-beneficio que pueda argumentarse a favor de una u otra posición deben considerarse la naturaleza de la actividad administrativa y, en concreto, la convergencia de tres factores: el carácter no esencial del régimen de Derecho público, la equivalencia de resultados y la conveniencia.

En primer lugar, como señala SOSA GÓMEZ¹⁶, **(i)** es necesario que no existan graves razones para considerar que la actuación de carácter público sea esencial, es decir, que la ley no exija y presuma de manera terminante que en la consideración del ente público, se encuentre en primer plano un interés jurídico público que, por ende, exija el empleo de un instrumento de Derecho público. En segundo lugar, **(ii)** es necesario también que exista una equivalencia entre el medio de carácter público y el de carácter privado, esto es que el medio de derecho privado sea idóneo para la realización de fines públicos y que su uso sea susceptible de provocar los mismos resultados que se habrían obtenido de haber empleado medios de naturaleza pública. Por último, **(iii)** debe ser *conveniente*, es decir, debe existir un interés subjetivo, secundario, patrimonial en sentido lato, de que el uso de un instrumento de Derecho privado en vez de uno de Derecho público redundará en beneficio tanto para la Administración como para los particulares.

¹⁵ *Idem*

¹⁶ SOSA GÓMEZ, Cecilia. *Los contratos entre personas jurídico-públicas. Base conceptual. Naturaleza jurídica de los actos inter-órganos de la Administración. Algunos ejemplos de relaciones inter-órganos en Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*. Fundación Procuraduría General de la República. Caracas, 1991.



De otra parte, no debemos perder de vista que los negocios e instrumentos disciplinados por el Derecho privado que son susceptibles de ser empleados son sólo aquellos que pueden entrar dentro de sus funciones, por lo que deben excluirse aquellos conectados con las personas físicas. De ahí que, con razón, la doctrina haya afirmado que el derecho privado que resulta aplicable a la Administración no es el de los propietarios, sino el de los administradores¹⁷. En efecto, en el Derecho civil, y en general en el Derecho privado se reconoce una amplia libertad de acción a quienes usan y disponen de su propiedad. Sin embargo, siendo que la Administración gestiona bienes y fondos ajenos, su posición en el Derecho privado no puede equipararse a la de los propietarios, sino que «[d]ebe medirse por los raseros dispuestos para los mandatarios y los administradores de propiedades ajenas».

En el ámbito de los administrados la propiedad es la medida del ejercicio de la capacidad de obrar, pero en los casos en que la Administración acude al Derecho privado y deja a un lado el régimen de potestades que le atribuye la ley, su actuación se apoya en la capacidad de obrar que dimana de su competencia legal y del respectivo crédito presupuestario. Todos los órganos y entidades de la Administración son administradoras de caudales ajenos, de fondos y bienes de propiedad pública, lo cual -de plano- impide que, cuando actúan sometidos al Derecho privado, puedan ampararse en una libertad que los Códigos sólo reconocen a quienes arriesgan su propio patrimonio.

Las circunstancias anteriormente señaladas imponen la aplicación de los principios de responsabilidad y transparencia, lo cual nos lleva a un último aspecto que debemos destacar: la sujeción de las actividades privadas de la Administración al control. Sin control no hay responsabilidad, y el desenvolvimiento de la actividad administrativa en un régimen democrático apareja necesariamente la institución de mecanismos apropiados para asegurar que la actuación administrativa se mantenga dentro de los límites materiales, formales y teleológicos, establecidos en la ley.

El uso de los instrumentos del Derecho privado no anula los mecanismos de control inter-administrativos que el legislador ha establecido para asegurar la regularidad de la actividad administrativa. La Administración puede ser exonerada por el legislador de cumplir con las leyes administrativas, sin embargo no puede escapar de su condición de Administración y que aún cuando se someta formalmente al Derecho privado, siempre estará sujeta al ordenamiento jurídico administrativo, por lo que atañe al control de sus operaciones. Así ocurre

¹⁷ Cf. BORRAJO INIESTA, I. *El intento de huir del Derecho administrativo en REDA*, No. 78, Madrid, 1993, pp. 236 y ss.

en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público¹⁸ (LOSPP), la cual considera patrimonio público aquel que corresponde a las sociedades en las cuales la República, los institutos autónomos, los establecimientos públicos y las demás personas de derecho público tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social y establece regulaciones especiales para los administradores de dicho patrimonio.

Asimismo, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República¹⁹ (LOCGR) comprende dentro de su ámbito de control a las sociedades mercantiles en las que la República, los Estados, los municipios, los institutos autónomos, establecimientos públicos y demás personas de Derecho público tuvieren participación en su capital social. Las potestades del órgano contralor se extienden, incluso, a las asociaciones civiles y las fundaciones (cf. art. 5° de a LOCGR). Ello obedece no sólo a que, como se anotó anteriormente, la Administración maneja caudales ajenos y, por tanto, deba responder por su uso; sino porque es la propia Constitución²⁰ la que así lo dispone cuando le confiere rango constitucional a la Contraloría General de la República y a las contralorías estadales y municipales, para que ejerzan el control, la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes, así como de las operaciones relativas a éstos, dentro de sus respectivos ámbitos²¹. Se imponen también diversas limitaciones a dichas sociedades mercantiles en su administración; en tal sentido, para su endeudamiento y la elaboración de su presupuesto deberán regirse por las Leyes Orgánicas de Crédito Público²² (LORP) y de Régimen Presupuestario²³ (LORP), respectivamente.

¹⁸ G.O. No. 3.777 Ext., 23.12.82.

¹⁹ G.O. No. 5.071 Ext., 13.12.95.

²⁰ G.O. No. 36.860, 30.12.99.

²¹ En efecto, la Constitución de 1999 prevé las contralorías a nivel de cada uno de los entes político-territoriales. Así, de manera análoga a la Constitución de 1961, el artículo 287 prevé que «[C]ontraloría General de la República es el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos [...]». De igual forma se prevén las contralorías estadales en el artículo 163: «Cada Estado tendrá una Contraloría que gozará de autonomía orgánica y funcional. La Contraloría del Estado ejercerá, conforme a esta Constitución y la ley, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes estadales [...]» y las contralorías municipales en el artículo 176: «Corresponde a la Contraloría Municipal el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes municipales [...]»

²² G.O. No. 35.077, 26.10.92.

²³ G.O. No. 4.718 Ext., 26.04.94. limitaciones y controles a la Administración, aunque opere bajo formas de Derecho privado.



En adición a los controles administrativos, no se nos escapa el control que corresponde ejercer al Poder Judicial y, muy especialmente, a la jurisdicción contencioso-administrativa que, con rango constitucional, tiene a su cargo anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder, condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa (cf. art. 259 de la Constitución).

Más aún es previsible que, en el futuro, el avance en el proceso de integración subregional -ahora con impulso constitucional- pueda imponer nuevas limitaciones y controles a la Administración, aunque opere bajo formas de Derecho privado²⁴.

2. Algunos instrumentos de Derecho privado en el ordenamiento jurídico venezolano

Examinados los principios que orientan el uso y establecimiento de instrumentos de Derecho privado por la Administración vamos a analizar algunos ejemplos de dichos instrumentos en la actividad administrativa venezolana. No pretendemos agotar todos ellos, sino presentar algunos ejemplos cuya vigencia práctica nos sirven para ilustrar mejor el tema.

2.1. Actividad arbitral

La actividad administrativa arbitral es definida como aquella que realiza la Administración Pública cuando decide controversias o conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos²⁵. Se trata de una

²⁴ La doctrina en Europa ha sido enfática al poner de relieve el alcance y efectividad de los preceptos del Derecho comunitario europeo, cuyas normas no pueden inobservarse o ser desaplicadas por las distintas formas jurídicas que adopten los sectores públicos nacionales: da igual que las Administraciones nacionales, regionales o locales actúen directamente o a través de entes instrumentales, y es asimismo indiferente que su actuación se someta al Derecho privado o se desenvuelva bajo normas de Derecho público. Así, los límites que el Derecho comunitario impone a la contratación de obras y suministros, al empleo de ciudadanos comunitarios, a sus prácticas comerciales –en concurrencia con otras empresas o desde una posición dominante–, a los flujos de capitales, subvenciones y otros modos de ayuda pública, deben ser respetados por las autoridades públicas y tutelados por los Tribunales nacionales (Cf. BORRAJO INIESTA, I. *Ob. cit.* 242)

²⁵ Cf. PARADA, R. *Ob. cit.* pp. 590 y ss.

manifestación de la actividad administrativa que no puede enmarcarse dentro de la actividad de policía o limitación porque aún admitiéndose que al resolver conflictos la Administración restringe el derecho o la actividad de un particular, lo que quita a éste incrementa en la misma medida la actividad o derecho de otro sujeto. Así, la limitación que para el administrado comporta la actividad arbitral no tiene su razón de ser únicamente en el interés público, ni en un beneficio directo de la Administración como sujeto, sino que en ella es predominante el interés del particular que ha decidido someter su controversia a la decisión de la Administración; en estos casos, la Administración utiliza un medio importado del Derecho privado y debe asumir una actitud neutral, similar a la que deberían tener los órganos arbitrales civiles.

En el ordenamiento jurídico venezolano encontramos manifestaciones de la actividad administrativa arbitral en la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario²⁶ (LPCU), en la además de actuar como árbitro la Administración funciona también como órgano de conciliación.

El artículo 134 de la LPCU dispone el funcionamiento de una Sala de Conciliación y de Arbitraje en el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario (INDECU), la cual tiene a su cargo solucionar las controversias que se puedan suscitar entre consumidores, usuarios y proveedores. Así, una vez iniciado el procedimiento administrativo ordinario, bien sea por denuncia o por iniciativa del propio INDECU, la parte afectada en sus derechos puede solicitar la conciliación o el arbitraje de la controversia que pudiera plantearse en relación con los intereses y derechos patrimoniales lesionados, siempre que no se trate de violaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas o materias en las cuales estén prohibidas las transacciones por razones de orden público²⁷.

La conciliación, institución de derecho procesal civil que ha sido definida como «*[l]a convención o acuerdo a que llegan las partes por mediación del juez durante el proceso, que pone fin al litigio y tiene los mismos efectos que la sentencia definitivamente firme.*»²⁸, también ha sido trasladada al ámbito de la actividad administrativa. En el caso de los procedimientos abiertos iniciados de conformidad con la LPCU es la propia Administración la que funciona como instancia de conciliación, procurando la autocomposición del procedimiento; un

²⁶ G.O.No.4.898 Ext, 17.5.93.

²⁷ Cf. Art.139 LPCU.

²⁸ Cf. RENGEL ROMBERG, Arístides. *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. T. II, Editorial Ex Libris. Caracas, 1991, p 321



funcionario de la Sala de Conciliación y Arbitraje ejerce sus buenos oficios que permita a las partes llegar a un acuerdo que estimen justo y equitativo. De lograrse la conciliación se levantará un acta de conciliación, la cual deberá ser suscrita por las partes y por el Jefe de la Sala o por el funcionario que éste haya designado, y será registrada en la Sala de Conciliación y Arbitraje, en el libro correspondiente, poniendo fin a la controversia²⁹.

Por lo que se refiere a las controversias sometidas a arbitraje, éstas serán resueltas por el Jefe de la Sala actuando como árbitro arbitrador en única instancia. El laudo arbitral se dictará con arreglo a la equidad y será inscrito en el Libro de Arbitrajes que a tal efecto deberá llevar la Sala de Conciliación y Arbitraje³⁰.

También se encuentran ejemplos de la actividad arbitral en materia minera, cuando la Administración resuelve las oposiciones que se presenten en los procedimientos de solicitud de otorgamiento de concesiones mineras que regula la Ley de Minas³¹ (LM). En tales casos, cuando sean admitidas dichas solicitudes, el Ministerio de Energía y Minas (MEM) dispondrá su publicación en la Gaceta Oficial, así como en un diario de reconocida circulación del país y en otro de la localidad donde se encuentre la concesión solicitada, a los fines de la oposición que pudiera surgir en caso de ser afectados los derechos mineros de terceros, es decir, aquellos que tengan una concesión otorgada en la misma área, o pudieren resultar invadidos parcialmente en dicha área, de otorgarse la concesión solicitada, así como cualquier otro titular de un derecho minero que pueda resultar afectado en razón del área y del mineral solicitado. De haber oposición, el Ministerio notificará al solicitante de la concesión sobre ésta para que proceda a darle contestación. En tal caso, el MEM abrirá un lapso para que se evacúen las pruebas presentadas y se oigan los alegatos de las partes. Culminada la sustanciación del procedimiento corresponderá al Ministro decidir el procedimiento y dicho acto agotará la vía administrativa³².

2.2. Actividad de servicios públicos

En materia de servicios públicos resultan de obligatoria referencia algunas disposiciones de la *Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada*

²⁹ Cf. Art 136 LPCU

³⁰ Cf. Arts. 137 y 138 LPCU

³¹ G.O. No. 5.382, 28.9.99.

³² Cf. arts. 42, 43 y 44 LM.

*bajo el Régimen de Concesiones*³³ o Ley de Concesiones, que reformó el Decreto-Ley N° 138 de fecha 20 de abril de 1994 sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales. En concreto, resultan de interés para nuestro examen el régimen de las garantías en la concesión, así como el uso de medios alternativos para resolver las controversias que puedan suscitarse entre los concesionarios y las Administraciones concedentes.

En ese sentido una de las novedades incorporadas es la posibilidad de que los concesionarios de obras y servicios públicos, previa autorización del concedente, puedan constituir garantía prendaria sin desplazamiento de posesión sobre su contrato de concesión, sobre los ingresos futuros que éste produzca, así como cualquier pago ofrecido por la República y que conste en el contrato, a los fines de garantizar el cumplimiento de obligaciones crediticias contraídas para financiar su ejecución³⁴. El documento en que se establezca la garantía deberá protocolizarse por ante la Oficina Subalterna de Registro competente y consignarse ante el ente concedente y, en todo aquello que no estuviere regulado la Ley de Concesiones, se aplicarán las disposiciones de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión. La posibilidad de que los concesionarios puedan dar en los garantía activos tales como el contrato de concesión o ingresos futuros, sin duda alguna facilita la obtención de recursos para la mejor ejecución de los contratos.

La Ley de Concesiones también prevé la posibilidad de que las controversias relacionadas con la ejecución, desarrollo o extinción del contrato de concesión, puedan ser resueltas por las partes a través de medios alternativos de resolución de conflictos³⁵.

En tal sentido, el artículo 61 de la Ley de Concesiones dispone que las partes pueden «[u]tilizar los mecanismos de solución directa tales como la conciliación y la transacción». Se desprende de la referida disposición que no se trata de una enumeración taxativa y que, por el contrario, la intención del legislador fue la de incluir dentro del ámbito material de la norma a todo medio directo de resolución de controversia que fuera idóneo para resolver las diferencias que pudieran presentarse entre las partes. En ese sentido, cabría

³³ G.O. N° 5.394; Ext.; 25.10.99

³⁴ Cf. art. 34 Ley de Concesiones.

³⁵ El uso de medios alternativos de resolución de conflictos es promovido ahora desde la propia Constitución, cuyo artículo 258 dispone que «La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos»



pensar en el uso de la *mediación* para que las partes escojan un tercero que pueda crear condiciones propicias para la comunicación y proponer soluciones a la controversia para someterla a la consideración de las partes en conflicto³⁶.

Esta norma, de inspiración española³⁷, prevé la posibilidad de que la Administración y los particulares puedan terminar convencionalmente los conflictos que se diriman en sede administrativa³⁸. El legislador venezolano, recogió el espíritu de la norma española, la incluyó dentro del régimen de las concesiones sustituyendo así la actividad administrativa unilateral por la posibilidad de que se logre una solución concertada: un acuerdo entre la Administración y el concesionario que ponga fin a una controversia y evitar tener que acudir por ante los órganos jurisdiccionales, con los inconvenientes y demoras que ello conlleva.

La Ley de Concesiones, en su artículo 61 también prevé la posibilidad de que concedente y concesionario puedan «[a]cordar en el respectivo contrato someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, cuya composición, competencia, procedimiento y derecho aplicable serán determinados de mutuo acuerdo, de conformidad con la normativa que rige la materia». En Venezuela no puede hablarse con propiedad de una jurisdicción arbitral. El arbitraje está previsto en nuestra legislación (en el Código de Procedimiento Civil y en la Ley de Arbitraje Comercial) como una vía sustitutiva de la actividad jurisdiccional en la que un cuerpo de árbitros (Tribunal Arbitral) pone fin al conflicto de intereses con carácter de

³⁶ Inclusive cabría pensar en la posibilidad de que se utilicen técnicas como la mediación-arbitraje (denominado en la doctrina anglosajona como med-arb), en la que el tercero sirve primero como mediador y, de no lograrse una solución, pasa a convertirse en árbitro con poder para emitir una decisión vinculante para ambas partes (Cf. MANN, R. Y ROBERTS, B. Business Law and the Regulation of Business, 6ta Ed., West Educational Publishing Co., 1999, p. 116)

³⁷ El artículo 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de España, en la que se dispone que: «Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin».

³⁸ Cf. PARADA, R. Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Marcial Pons; Barcelona, 1993, p. 308.

cosa juzgada³⁹. La Ley de Concesiones otorga amplias facultades a la Administración y su co-contratante para establecer los medios a los que deberán acudir para resolver sus controversias. El arbitraje, al igual que la transacción y la conciliación, son medios alternativos cuyo uso las partes *podrán acordar*; de manera que, a falta de disposición expresa en el contrato, se entenderá que regirán plenamente las normas de derecho procesal⁴⁰.

Ahora bien, de acordar las partes someter sus diferencias a un Tribunal Arbitral, corresponderá a éstas decidir la *forma* en la que estará compuesto dicho Tribunal (i.e. composición), las *materias* de las que conocerá (i.e. competencia), el *trámite procesal* aplicable (i.e. procedimiento) y el *derecho aplicable, de conformidad con la normativa que rige la materia*.

Las funciones o atribuciones que son competencia de la Administración no tienen carácter mercantil; ello bastaría para negar la posibilidad de que puedan ser sometidas a un arbitraje comercial, similar al aplicado en los contratos mercantiles⁴¹. Debe atenderse, por tanto, a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil (CPC), que es el instrumento jurídico que regula en forma general la materia de arbitraje en Venezuela. En tal sentido, el artículo 608 del referido Código prevé que las controversias pueden comprometerse en uno o más árbitros en número impar, antes o durante un juicio, siempre que se trate de asuntos sobre los cuales no cabe transacción⁴².

Dadas las particulares limitaciones que van a aparejadas al uso de estos medios de solución de controversias -en los casos en que una de las partes es un ente

³⁹ Cf. BAUMEISTER, Alberto. *Algunas consideraciones sobre el arbitraje en Venezuela. Informe al Comité Aida Cila sobre la aplicación del arbitraje en Venezuela* en Revista de la Facultad de Derecho N° 51. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1997.

⁴⁰ El origen de esta disposición también puede trazarse al derecho administrativo español, en el que la Ley 13/1985, de 2 de abril, de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 61.2) prevé la posibilidad de acudir a la técnica del arbitraje en la contratación administrativa.

⁴¹ El Máximo Tribunal, afinando dicho criterio, sostuvo que dicho procedimiento no es aplicable en los denominados contratos de interés nacional: «[S]i bien el tribunal arbitral cumple una función jurisdiccional no es un órgano que detente poder público, por lo que no le corresponde la fijación de qué es o cómo se beneficia el interés público en la solución de una controversia en la que están involucrados estos altos intereses»⁴¹. Este debate fue finalmente aclarado con la Ley de Arbitraje Comercial, que excluye de su ámbito material de aplicación las controversias «Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público» (art. 3°, literal c).

⁴² Cf. artículo 608 CPC.



u organismo de la Administración- deben establecerse en la cláusula arbitral o compromisoria, las condiciones dentro de las cuales se desarrollará el arbitraje. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que mediante esta vía no podrán debatirse asuntos o materias que puedan afectar el interés público, otorgarse potestades reservadas por la Constitución y las leyes al poder público o convenir sobre el ejercicio de potestades administrativas. Así, por ejemplo, sería nula una cláusula que permitiera a un tribunal arbitral controlar la legalidad de un acto administrativo por un Tribunal Arbitral o establecer limitaciones a la administración para el ejercicio de las potestades que legalmente tiene conferidas.

Queda también abierta la posibilidad de que en aquellos casos en los cuales el objeto del debate sean cuestiones de carácter técnico, las partes puedan someter la solución del asunto al conocimiento de expertos directamente designados por ellas. En tales casos la decisión, adoptada siguiendo el procedimiento previamente establecido por las partes, tendrá carácter definitivo⁴³.

2.3. *Actividad de gestión económica*

Es en el ámbito de la actividad de gestión económica el campo más fértil para el desarrollo de la actividad privada de la Administración, y han sido las empresas mercantiles su forma de expresión más acabada⁴⁴. Con la constitución de sociedades mercantiles, la Administración se somete a un régimen de Derecho privado y, en concreto a la normativa establecida en el Código de Comercio y demás disposiciones legales aplicables a las sociedades mercantiles. La Administración puede constituir empresas para la ejecución directa de actividades o también constituir empresas tenedoras o *holding*, es decir, sociedades mercantiles cuyo activo esta compuesto por activos o participaciones en otras empresas con el fin de controlar o dirigir su actividad⁴⁵.

Sin embargo, la actividad privada de la administración en la actividad de gestión económica no se agota en la constitución de empresas del Estado y, en la actualidad, encuentra otras manifestaciones. Nos referimos, en concreto, a la oferta pública de acciones en los procesos de privatización y a las asociaciones estratégicas.

⁴³ Cf. art. 61 Ley de Concesiones.

⁴⁴ Cf. BREWER-CARÍAS, A. Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p. 121.

⁴⁵ Cf. BREWER-CARÍAS, A. y VILORIA, E., El holding público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1986, p. 12.

La privatización juega un papel determinante dentro de los procesos de reestructuración, modernización y mejoramiento de la Administración, en tanto constituye un remedio ante la exagerada intervención directa del Estado en el ámbito económico y en campos que no atañen a la actividad administrativa. De ahí la íntima relación entre la actividad de gestión económica de la Administración y la privatización: a través de la primera, el Estado interviene directamente en el mercado, mientras que a través de la privatización el Estado persigue racionalizar tal intervención económica, ampliando el campo de acción de los particulares. La privatización es un proceso, tiene un carácter eminentemente instrumental y su fin último es la transformación de un Estado empresario sobrecargado y anacrónico, a otro mucho más eficiente y adaptado a las necesidades y exigencias contemporáneas.

Ahora bien, la Ley de Privatización⁴⁶ (LP) prevé como mecanismo para la venta de acciones o cuotas de participación de empresas públicas, el uso de las modalidades previstas en la Ley de Mercado de Capitales⁴⁷ (LMC). Tal fue el mecanismo empleado para la privatización del capital público existente en la empresa compañía telefónica CANTV, cuando se efectuó una oferta pública de valores de dicha empresa. En estos casos, la Administración concurre al mercado de capitales como cualquier otro particular, debiendo cumplir los trámites correspondientes por la Comisión Nacional de Valores que, habiendo evaluado la información presentada, autorizará la oferta y procederá a su registro⁴⁸.

Otra técnica usual de conjugación de lo público y lo privado en el marco de la actividad de gestión económica es la constitución de asociaciones⁴⁹ similares a las que se constituyen entre los particulares para la ejecución de algunas actividades y procurarse beneficios financieros y tecnológicos. En ese sentido, cabe hacer referencia a los Convenios Operativos y los Convenios de Asociación previstos en el artículo 5° de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos⁵⁰, que han dado lugar a la celebración de

⁴⁶ G.O. No. 5.199 Ext., 30.12.97.

⁴⁷ G.O. No 35.565, 22.10.98.

⁴⁸ Cf. art. 3° LP y arts. 24 y ss. LMC.

⁴⁹ Al respecto, véase BRITO, M. y DELPIAZZO, C., Derecho administrativo de la regulación económica, Universidad de Montevideo, Montevideo, 1998, p. 45.

⁵⁰ G.O. No. 1.769 Ext., 29.8.75.



Convenios para la reactivación de campos petroleros, asociaciones estratégicas y asociaciones bajo el régimen de ganancias compartidas para la exploración y producción de crudos livianos, en las que la empresa privada ha asumido el riesgo asociado a la actividad exploratoria⁵¹.

2.4. *Actividad de policía*

En la actividad de policía es donde, quizás resulte más difícil encontrar manifestaciones de la actividad privada de la Administración, pues por su propia naturaleza se trata de una actividad a la que es inherente el ejercicio de potestades de imperio. La imposición de limitaciones a los particulares en aras del interés colectivo no es compatible con la noción de igualdad bajo las cuales se desarrollan los negocios jurídicos privados. No obstante, en ejercicio de sus potestades de policía, hay ocasiones en las que la Administración puede arbitrar el uso de instrumentos de Derecho privado, o al menos de origen *iusprivatista*, para hacer valer intereses públicos. En concreto, nos referimos a los contratos de auxilio financiero y al arreglo amigable en materia expropiatoria.

La Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras⁵² (LGB) en su artículo 229 dispone la facultad del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria para que, con el voto favorable de al menos 5 miembros de su Junta Directiva y previa opinión del Banco Central de Venezuela y de la Superintendencia de Bancos otorgue auxilio financiero a los bancos e instituciones financieras que confronten problemas de liquidez, mediante créditos hasta por un plazo de 2 años con garantía de cualquier activo del banco o institución financiera y a la tasa de interés que fija mensualmente el Banco Central de Venezuela de conformidad con el Código Orgánico Tributario. Se trata de créditos similares a los que otorga la banca privada a los particulares, sólo que en estos casos media un interés público: la salud del sistema financiero.

Cuando se trata de auxilios financieros para restablecer la solvencia de aquellos bancos e instituciones financieras que hayan sido objeto de intervención la LGB utiliza expresiones bien precisas cuando alude a las figuras jurídicas que deben emplearse: aportes de capital, adquisición de bienes muebles e inmuebles,

⁵¹ Para mayor detalle en relación con el tema véase BOSCÁN DE RUESTA, I. *La administración de la industria petrolera nacionalizada y las formas de participación de personas privadas en I Jornadas de Derecho de Oriente*, FUNEDA, Caracas, 1997, pp. 36-37.

⁵² G.O. No. 4.641 Ext., 19.11.93.

otorgamiento de créditos. En estos casos, estamos frente a contratos típicos de suscripción de capitales, operaciones de compraventa y mutuo o préstamos de dinero. En ese sentido, de conformidad con el artículo 230 de la LGB el referido Fondo podrá realizar operaciones de auxilio financiero a través de: (i) aportes de capital mediante la adquisición o suscripción de acciones, aumento, reposición o cualquier otra modalidad que permita tener al banco o institución el capital necesario para su normal funcionamiento; (ii) la adquisición de toda clase de bienes muebles e inmuebles del banco o institución financiera objeto de auxilio; (iii) el otorgamiento de créditos hasta por un plazo de 5 años, con garantía de cualquier activo del banco o institución financiera, o de un tercero y (iv) financiamientos a aquellos bancos e instituciones financieras que adquieran el control accionario de bancos e instituciones intervenidos o se fusionen con éstos. Asimismo, debe señalarse que cuando la LGB afirma que los créditos deben estar garantizados, está implícita la exigencia de que se trata de garantías suficientes conforme a las prácticas financieras⁵³.

No obstante, cabe advertir, existen algunos aspectos en los cuales el otorgamiento de auxilios financieros se separa del Derecho privado. En ese sentido, en los casos de enajenación de bienes y como excepción al régimen civil ordinario, se puede imponer al vendedor la obligación de rescatar el bien⁵⁴. Igualmente, hay diferencias en cuanto a la sujeción al régimen de salvaguarda del patrimonio público de los funcionarios que, habiendo participado en este tipo de operaciones, acepten garantías insuficientes.

En nuestra opinión también constituye una manifestación de la actividad privada de la Administración el arreglo amigable en materia expropiatoria. Si bien el artículo 3 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social establece que el expropiante debe gestionar dicho arreglo con el propietario, es lo cierto que dicha gestión deriva en un ejercicio negociado del poder público, en la que los particulares convienen con la Administración en la expropiación y precaven un litigio. Desde esa perspectiva, el arreglo amigable se asimila mas a una transacción, entendida como un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, precaven un litigio eventual⁵⁵.

⁵³ Cf. MORLES HERNÁNDEZ, A. *La naturaleza jurídica de los contratos de auxilio financiero en Aspectos Fundamentales de la Emergencia Financiera*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1996, p. 102.

⁵⁴ El párrafo primero del artículo 230 de la LGB prevé que no será aplicable el último aparte del artículo 1.534 del Código Civil, el cual prevé que «*Es nula la obligación de rescatar que se imponga al vendedor*».

⁵⁵ Cf. art. 1.713 del Código Civil.



La doctrina, tanto nacional como extranjera, se ha inclinado por reconocer al arreglo amigable el carácter de negocio jurídico especial regido por normas de Derecho público⁵⁶. Desde otra perspectiva, algunos han visto en el arreglo amigable un contrato administrativo⁵⁷. La Procuraduría General de la República ha expresado que el arreglo amigable debe considerarse como un acto administrativo que, para su eficacia requiere del acuerdo particular, como un acto de trámite dentro del proceso expropiatorio⁵⁸. No obstante, lo anterior estimamos que el arreglo amigable puede considerarse como una transacción, similar a las que se celebran en el Derecho privado, que tiene fuerza de cosa juzgada entre las partes⁵⁹.

Se trata de un contrato en el cual el expropiante y el particular pactan sobre el alcance de la expropiación y acuerdan designar una junta de peritos para que dentro del lapso convenido en el arreglo consignen el avalúo correspondiente, precaviendo de esa forma el planteamiento de un debate por ante los órganos jurisdiccionales. La propia jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha destacado que el arreglo amigable es un mecanismo para evitar el procedimiento jurisdiccional y lograr en sede administrativa el avenimiento a la expropiación⁶⁰; de otra parte, en abono de nuestra tesis, el Máximo Tribunal ha manifestado que el arreglo amigable tiene la fuerza de una sentencia firme⁶¹. Tal cuestión, no hace sino poner de relieve un aspecto fundamental de la transacción: el carácter de cosa juzgada que tiene dicho contrato.

⁵⁶ Cf. LAGRANGE, E. *Contribución al estudio de los modos de fijación de la indemnización expropiatoria* en RDP No. 23, Caracas, 1983, p. 7. En igual sentido se han pronunciado DIEZ (Cf. *Derecho Administrativo*, T. IV, 2da Ed., Edit. Plus Ultra, Buenos Aires, 1985, p. 394) y LARES (Cf. *MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1990).

⁵⁷ Cf. Voto Salvado del Dr. G. URDANETA TROCONIS en sentencia de la CPCA, 13.05.94.

⁵⁸ Doctrina de la Procuraduría General de la República, 1981. Caracas, 1982, pp. 76 y ss.

⁵⁹ Cf. art. 1.718 Código Civil.

⁶⁰ CPCA, 22.1.87, Hildemaro García v. República de Venezuela

⁶¹ CSJ/SPA 27.03.84.

CONCLUSIÓN

El debate en torno al uso de los instrumentos de Derecho privado en la actividad administrativa es una demostración de la naturaleza incipiente de nuestra disciplina, aún en franca evolución. La utilización de dichos instrumentos es prevista cada vez con mayor frecuencia por nuestros legisladores y la Administración se ve revigorizada con la incorporación de nuevas técnicas para llevar a cabo sus cometidos.

No estamos frente a un proceso de huida o vuelta hacia el Derecho privado, por el contrario estamos en medio de un proceso mucho más grande y complejo: el de la redefinición de los ámbitos del Derecho público y del Derecho privado.

LA COMPETENCIA EN LA
ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

LA COMPETENCIA EN LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

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

I. **CONSIDERACIONES GENERALES.**

La competencia es un concepto al propio tiempo básico y central del Derecho de la organización administrativa. Téngase en cuenta que, como habrá ocasión de comprobar, es una cualidad subjetiva que deriva de la relación en la organización con la función y la materia. Determina, en definitiva, la capacidad de actuación de un órgano¹ público (si es que, en relación con los órganos públicos y, en concreto, los administrativos cabe hablar de capacidad en el sentido jurídico-privado del término), su condición de centro de imputación de relaciones jurídicas en el giro o tráfico que le es propio es decir, hace, por así decirlo, su subjetividad. Por ello mismo puede decirse que la competencia «constituye» a los *órganos* públicos en cuanto sujetos capaces de trabar relaciones entre sí y con los sujetos ordinarios del Derecho.

Esta es la razón sin duda del principio tradicional, aún en plena vigencia², tanto de la irrenunciabilidad de la competencia, como del ejercicio directo de ésta por el titular del órgano; principio, que hace de la competencia cuestión de orden público, apreciable incluso de oficio³.

¹ Se emplea aquí el término órgano en el sentido más amplio posible como equivalente, por tanto, a organización.

² En el Derecho español, el artículo 12. 1 de la vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, modificada por la Ley 4/ 1999, de 13 de enero (en adelante citada como LRjAPyPac), dispone:

<<La competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en esta u otras Leyes>>.

³ Por ello, en Derecho español, el artículo 20 LRjAPyPac, bajo la rúbrica <<decisiones sobre competencia>> , determina:

<<1. El órgano administrativo que se estime incompetente para la resolución de un asunto remitirá directamente las actuaciones al órgano que considere competente, si éste pertenece a la misma Administración pública.

A pesar de la importancia que, por tanto, tiene el concepto de competencia, la atención que la doctrina le ha prestado hasta hoy es más bien escasa, al Igual, por demás, que a los restantes temas del Derecho de la organización. No es sorprendente, pues, que algún autor⁴ lo califique de confuso y señale que es objeto de utilizaciones impropias.

II.

EL CONCEPTO DE COMPETENCIA.

1. La competencia como técnica para la atribución y asignación y, simultáneamente, la división y moderación del poder público.

La competencia está relacionada, por de pronto, con el principio de división de poderes, como resulta sin más del dato de la pertenencia de ambos al campo propio del principio de legalidad. La Sentencia del Tribunal Supremo español de 14 de julio de 1988 destaca justamente en este sentido que el Estado de Derecho es una consecuencia de tal principio.

La competencia presenta, por ello, la misma polivalencia que el principio de división de poderes. Cumple, en efecto, funciones de:

- a) Distribución del poder entre la sociedad y el Estado, al deslindar a favor de éste potestades que se diferencian de los derechos subjetivos que quedan a favor de los sujetos ordinarios.

Las potestades no son otra cosa que poderes jurídicos, categoría ésta en la que son igualmente subsumibles los derechos subjetivos. La construcción del Derecho público y, en especial el administrativo sobre bases formales que lo han diferenciado del Derecho privado a o largo del S. XIX ha conducido a la contraposición entre potestad y derecho subjetivo. Con entera

-
2. Los interesados que sean parte en el procedimiento podrán dirigirse al órgano que se encuentre conociendo de un asunto para que decline su competencia y remita las actuaciones al órgano competente.

Asimismo, podrán dirigirse al órgano que estimen competente para que requiera de inhibición al que esté conociendo del asunto.

3. Los conflictos de atribuciones sólo podrán suscitarse entre órganos de una misma Administración no relacionados jerárquicamente, y respecto a asuntos sobre los que no haya finalizado el procedimiento administrativo.

⁴ J. A. Santamaría Pastor, Principios de Derecho Administrativo, Vol I, Ed. Ceura, Madrid 1998, pág. 392.



independencia de la posibilidad del cuestionamiento de tal construcción (para asentar el Derecho público también sobre las nociones materiales de derecho subjetivo y relaciones jurídicas), aquella contraposición no es total: la conceptualización de las potestades como funciones (para significar que representan simultáneamente apoderamiento y deber de actuación) no es suficiente para mantenerla, dado que es normal que el contenido de los derechos subjetivos esté integrado conjunta e indisolublemente por facultades y deberes (así, por ejemplo, el derecho de propiedad en razón a su función social).

- b) Limitación y moderación del poder público, en cuanto sirve a la distribución de éste entre las diferentes organizaciones y órganos (definiendo justamente la <<competencia>> de cada uno de ellos) y, por tanto, a la división de dicho poder.
- c) La asignación idónea del poder para su correcto ejercicio en función del tipo de organización u órgano, su composición y su funcionamiento o lógica de adopción de decisiones.
- d) La identificación del centro de toma de decisiones o de realización de actuaciones al doble efecto de la garantía jurídica (cuestión de la validez de los actos administrativos) y de la responsabilidad patrimonial por las lesiones en bienes, derechos e intereses legítimos que de la acción pública, concretamente administrativa, puedan derivarse.

2. Las dificultades de la definición doctrinal de la competencia; el proceso de organización como nueva aproximación

Son diversas las definiciones que de la competencia ha ensayado la doctrina científica. A título de ejemplo, desde luego significativo, pueden destacarse las siguientes:

- Para L. Cosculluela Montaner⁵ puede hablarse de competencia tanto en sentido amplio o impropio para designar el conjunto de funciones atribuidas por el ordenamiento jurídico a una entidad o un órgano, como en sentido estricto o riguroso para aludir a la medida en que la potestad correspondiente está atribuida a un concreto órgano. Para la primera significación reserva el término competencia y para la segunda el de <<atribución>> o competencia un sentido estricto.

⁵ L. Cosculluela Montaner, Manual de Derecho Administrativo (I), 10ª ed. Madrid, Cívitas 1999, pág.167.

- J. González Pérez⁶, por su parte, aunque restringe la noción de competencia a la <<facultad irrenunciable de emanar actos jurídicos atribuida por a norma jurídica a un órgano administrativo>>, reconoce que es generalizado el empleo del término en sentido amplio como equivalente a capacidad (la cual, según él, hace relación a los fines de una organización y no en cambio a las facultades de ésta para el cumplimiento de los mismos).
- Finalmente, J.A. Santamaría Pastor⁷, partiendo de que hoy el concepto tiene solo un significado aproximativo, sostiene que el fenómeno al que alude debe describirse de otra manera, concretamente en el contexto del proceso de organización proceso en el que se cumplen las siguientes fases: i) la inicial de asignación a cada nivel de entes primarios de círculos de interés (descritos de forma diversa: por objetivos, servicios, sectores o materias); ii) la intermedia de la traducción, para su operatividad, de los diferentes círculos de interés en potestades públicas; y iii) la final de distribución de los diversos sectores y las distintas materias, junto con las correspondientes potestades públicas, entre los distintos órganos.

La perspectiva por tanto, el método de determinación apuntados por el último de los autores citados señalan sin duda en la buena dirección. Pues la determinación de la competencia es desde luego un proceso y un proceso paralelo al de organización político—administrativa de los poderes y de a toma de las decisiones públicas. Y en ese proceso es clave la distinción, ligada a la constitución y estructuración de toda comunidad institucionalizada, entre autoorganización y heteroorganización; distinción que sin duda subyace a la Sentencia del Tribunal Constitucional español 56/1990, de 29 de marzo, cuando, al hilo del análisis de los distintos mecanismos jurídicos de dotación de competencias a las Comunidades Autónomas en el Estado definido por la Constitución de 1978, afirma con rotundidad que los Estatutos de Autonomía (las normas institucionales de las referidas Comunidades Autónomas) no son idóneos para la transferencia de competencias desde el Estado central, toda vez que, en definitiva, son instrumentos de autoorganización de tales Comunidades (por cuanto su aprobación implica la concurrencia de dos voluntades: además de la del Estado central, la decisiva de la propia de dichas Comunidades en calidad, pues, de autodisposición sobre si mismas), mientras que las transferencias se materializan en virtud de una decisión unilateral del Estado central (son, pues instrumentos de heteroorganización).

⁶ J. González Pérez y Fco. González Navarro, Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Tomo I, 2ª ed., Madrid, Cívitas, 1999, pág.665.

⁷ J. A. Santamaría Pastor, op. cit. nota noei. 4. pág. 392.



En las comunidades políticas con constitución centralizada existe, en el modelo ideal y como tendencia, una sola organización (o un conjunto de ellas reconducidas, a través de diversas técnicas, a sistema dotado de jerarquía). De esta suerte, en ella el proceso de asignación y distribución de competencias no alcanza la entidad propia de una verdadera división, un real reparto del poder, por desplegarse enteramente en el plano técnico de la atribución a las organizaciones u órganos más idóneos para gestionar el interés general, visto como magnitud compacta y homogénea. Dicho proceso es enteramente, pues, de autoorganización (supuesto que la comunidad institucionalizada correspondiente es <<soberana>> en el sentido de punto de referencia máximo del aludido proceso en el caso de un Estado, que el código último de éste es su Constitución). Semejante modelo resulta de muy difícil realización en las actuales sociedades complejas, sujetas a un cambio permanente y rápido y, por ello, altamente fragmentadas. De ahí el auge hoy de las opciones descentralizadoras o abiertamente federales.

Por el contrario, en las comunidades con constitución territorialmente descentralizada coexisten varias comunidades menores (en el sentido de integradas en una superior o que las integra y presupone), que se expresan en entidades primarias cuya eventual personificación no es sino reflejo de su sustrato social real. Estas entidades gestionan, por ello, círculos de interés colectivo o general asimismo reales y efectivos (los de los grupos sociales, colectividades o comunidades territoriales correspondientes), de modo que representan centros de poder diversos entre sí. Obvio resulta decir que tales centros, concretamente cada uno de ellos, en tanto que organizaciones, poseen inevitablemente mayor o menor potestad de autoorganización. La coexistencia de diferentes colectividades o entidades primarias territoriales que es propia de las comunidades que ahora se trata determina, así, que sea consustancial a ellas la de varios espacios de autoorganización. Pero, en la medida en que dichas colectividades se integran en una comunidad superior que les dota de unidad, tales espacios de autoorganización son compatibles con fenómenos de heteroorganización, es decir, de decisiones organizativas adoptadas por una entidad u organización territorial respecto de otra u otras de la misma comunidad.

La descentralización territorial, en cuanto implica la diversificación de los intereses generales, supone, pues, la fractura, el fraccionamiento, cuando menos territorial, del proceso de identificación, formalización y gestión de dichos intereses. Aparece así la distinción entre intereses generales <<subjetivos>> o identificación por cada organización territorial de lo que, desde su perspectiva, debe ser de interés general, de un lado, e intereses generales <<objetivos>> o

identificación, de acuerdo con el orden constitucional de que se trate y por los procedimientos en él previstos o presupuestos, de lo que, no obstante las precedentes diversas perspectivas, debe prevalecer finalmente como de interés general, de otro. Esta distinción remite al doble momento de la construcción de las comunidades descentralizadas, consustancial a éstas: el estático de la distribución y el reparto territorial del poder -momento de la separación por diversificación de la competencia- y el dinámico o de funcionamiento de la interacción de las diversas instancias o diferentes centros de poder -momento de la colaboración, cooperación y coordinación, pero también, inevitablemente, del conflicto-.

Ahora bien de descentralización puede hablarse en dos sentidos:

- a) Por de pronto, como resultado de la apuntada distribución o división territoriales primarias del poder y, por tanto, como situación de coexistencia de esferas competenciales separadas, es decir, de autonomías dentro de una misma estructura de poder público, paradigmáticamente un Estado; autonomías equivalentes a instancias dotadas de competencias propias, ejercitables bajo la también propia responsabilidad y por tanto, sin sujeción a directrices, instrucciones o controles gubernativos algunos por parte de otra instancia estatal.
- b) Pero, sin perjuicio de lo anterior, igualmente como fenómeno de transmisión secundaria de títulos competenciales o siquiera de ejercicio de competencias en términos de descarga o traslación de éstas desde unas instancias autónomas a otras; fenómeno que opera así con independencia y presuponiendo el anterior. Esta segunda acepción remite simplemente a las técnicas de alteración del orden competencial existente en cada momento. Su plausibilidad depende del juego de tales técnicas en sentido descendente o desde la instancia superior o más amplia hacia las inferiores o más reducidas.

En realidad estos dos sentidos de la descentralización no son otra cosa que perspectivas distintas de un mismo y único fenómeno, que debe deslindarse de la falsa descentralización. Esta deriva tanto de la creación de entes meramente instrumentales denominados sólo formalmente <<autónomos>> por estar dirigidos y controlados, en realidad, por la entidad matriz, como del empleo de técnicas de descarga -incluso territorial- ciertamente de la actuación de competencias, pero bajo la dirección de la organización que realiza la operación. La clave de la auténtica descentralización radica en la cuestión de si el estado en que consiste (diversidad de centros con competencia propia por asignación primaria o descarga secundaria) depende o no de la libre decisión



de una de las instancias de la estructura total del poder público. Dicho de otra manera depende de si una de esas instancias retiene competencia sobre el orden de las competencias. Solo cuando existe siquiera una distribución primaria de competencias con constitución de diversas esferas competenciales autónomas entre y asegurada por un orden constitucional indisponible por todos los poderes constituidos cabe hablar propiamente de Estado descentralizado.

Dada la complejidad y variabilidad del entorno o ambiente de las estructuras del poder público, no en último término también por efecto del proceso denominado de la <<globalización>>, incluso el orden competencial de los Estados descentralizados -de suyo más adaptados a dicho ambiente por razón de la ampliación de la capacidad de respuesta y adaptación al mismo que le proporciona la diversidad de centros de decisión y gestión- precisa ser flexibilizado. Buen ejemplo de esta tendencia lo proporcionan los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que, introducidos en a economía del sistema organizativo-competencial de la instancia comunitaria del proceso de integración europea por el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997, están destinados a calar también en la de los sistemas organizativo-competenciales de los Estados miembros. El primero de dichos principios, que alude ya no a la relación Estado-sociedad, sino a la de la instancia supranacional y la estatal-nacional (es decir al juego de los poderes públicos constituidos), presupone ciertamente la distribución competencial operada por el orden primario (el constitucional comunitario-europeo o Derecho originario de los Tratados), pero postula a necesidad de su continua interpretación caso a caso y con motivo de la actuación de os títulos competenciales determinados por aquel con la finalidad, cuando de competencias no exclusivas (podría decirse que componentes del núcleo de la esfera competencial) se trata, de comprobar la necesidad efectiva de la actuación por parte de la instancia superior (supranacional) en detrimento de la inferior (la estatal- nacional) a la Luz de las características de la acción a desarrollar y de los criterios de la escala indispensable para la eficacia suficiente de dicha acción y de la mejor consecución de los objetivos de ésta, en su caso, en la estatal-nacional. Y el segundo opera de seguido, supuesta una respuesta positiva a la necesidad de la escala supranacional y, por tanto, de una actuación de la organización comunitaria, para postular la limitación del alcance de esta actuación a lo estrictamente necesario para alcanzar los objetivos de la integración supranacional.

Los principios comentados dibujan, pues, un escenario en el que las estructuras de poder público descentralizadas funcionan sobre la base de un orden competencial que, proporcionándoles un espacio decisonal estable y nuclear

(el constituido por las correspondientes <<competencias exclusivas>>, atinentes al círculo de *intereses* claramente propios de la instancia correspondiente), deja más abierto el restante para su adaptación a las exigencias y los requerimientos, cambiantes, de las necesidades a satisfacer y de los objetivos a cubrir en cada caso. Pero adaptación que, sin perjuicio de poder conducir a la afirmación de la pertinencia de la actuación de la instancia superior, aparece claramente vencida, como principio, del lado de la procedencia de salvaguardar en la medida de lo posible la esfera de actuación propia de la inferior, es decir, posee una lógica de base descentralizadora.

Recuperando el hilo argumental sobre la determinación de la competencia allí donde antes se dejó, es decir, en la afirmación del carácter prometedor del método apuntado por J.A. Santamaría Pastor, ha de señalarse que, no obstante, se está aún lejos de extraer del mismo todas las debidas y adecuadas consecuencias, como luce claramente en la falta de claridad y precisión del concepto de potestad y de su relación con el de competencia.

3. El proceso organizativo y la determinación de las competencias.

Siguiendo a W. Rudolf⁸ puede, en este sentido y para avanzar en el grado de precisión de los conceptos, señalarse lo siguiente:

1º El proceso organizativo-competencial se encuentra regido, todo él, por el principio⁹, de doble contenido, de:

- completa distribución de las tareas o funciones entre las organizaciones y los órganos administrativos y
- no asignación, con ocasión de tal distribución, de unas mismas tareas o funciones simultáneamente a una pluralidad de organizaciones u órganos.

2º La competencia es, concretamente, el medio de <<vinculación>> de organizaciones y órganos administrativos a tareas y funciones determinadas para asegurar el cumplimiento efectivo de éstas.

⁸ En la obra colectiva: E Hans-Ulrich Erichsen (coord.) Allgemeines Verwaltungsrecht. 11ª ed. Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1998, 52.IV 1 números marginales 43 y 44, pág. 803.

⁹ Una clara manifestación positiva de este principio se halla, en Derecho español, en el artículo 11.3 LRj APyPac, a tenor del cual:
<<No podrán crearse órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de éstos>>.



3º La determinación de la competencia, es decir, su atribución o asignación a una organización u órgano concretos tiene un doble efecto o consecuencia:

- La legitimación o habilitación para actuar para el cumplimiento de la tarea o función en relación ya con una materia u objeto específicos.
- La imposición del deber positivo de actuar efectivamente en tal sentido.

a) Este proceso se desarrolla, en todo caso e idealmente en las siguientes tres fases de distribución de funciones y asignación de competencias:

Entre las instancias primarias -más precisamente: las organizaciones que las institucionalizan- de la estructura tal de poder público correspondiente (el Estado paradigmáticamente).

b) Entre los órganos de las diferentes organizaciones (fase interorgánica).

c) Entre las unidades, las partes o los cargos o puestos de trabajo de los órganos (fase intraorgánica).

Se trata, pues, de un proceso de concreción sucesiva (por densificación y precisión de la regulación correspondiente) de un mismo objeto: la cualificación de los centros o sujetos públicos para la actuación, la cual tiene lugar en cascada, en el doble plano constitucional y administrativo y en virtud del juego paralelo e interrelacionado de dos líneas de técnicas:

a) La decantación y precisión de los órganos, la entera organización propia de cada una de las diversas instancias, comunidades y entidades.

b) La formalización y concreción, por círculos de interés, de las correspondientes esferas de actuación o competencias, comprensivas de potestades y atribuciones específicas o competencias en sentido estricto.

La asignación o atribución originarias de la competencia siempre es normativa, dependiendo la norma, a su vez, de la competencia para realizar esa asignación o atribución. Emerge aquí de nuevo el principio de legalidad, cuya incidencia se manifiesta, en lo que aquí interesa, en el régimen de la invalidez de los actos administrativos: el grado de invalidez está en función de la trascendencia del criterio de asignación o atribución de la competencia para la corrección del orden organizativo, pudiendo alcanzar el máximo y siendo el vicio una cuestión de orden público. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo español de 18 de febrero de 1995, la competencia es condicionante de la validez del acto administrativo.

La determinación normativa da lugar a la diferenciación entre:

- a) La competencia del órgano en cuanto capacidad de actuación *ad extra*.
- b) Las tareas o cometidos *ad intra* de los órganos, carente de relevancia externa (y, por ello, no invocable por terceros -los ciudadanos- para pretender la invalidez de actos) y ámbito entregado a la disposición de la potestad de autoorganización y de la dirección jerárquica.

4. Los criterios normativos de asignación de las competencias.

Los criterios tradicionales y aún vigentes con arreglo a los cuales se produce la asignación o atribución de competencias y a los que responden, en lo sustancial, las normas del Derecho positivo son básicamente cuatro: dos primarios, que dan lugar a una determinación competencial de orden público, cuya infracción invalida siempre el acto (aunque, en su caso, en grado diferente según su carácter más o menos manifiesto) y dos secundarios, que definen una competencia cuyo desconocimiento o inactuación supone ciertamente una irregularidad, pero de efectos invalidantes susceptibles de ser enervados (mediante la convalidación del acto por el órgano verdaderamente competente) o de consecuencias diversas (caducidad del procedimiento con imposibilidad de dictado de resolución; cese de la competencia en el caso por entrada en juego de otra competencia o por surgimiento de acto presunto por ministerio de la Ley y en virtud del juego del mecanismo del silencio administrativo positivo). Tales criterios son:

1. Primarios:

- 1.1. Criterio material o de asignación de competencia por razón de la materia, que responde a la división del trabajo, la especialización de las organizaciones y los órganos.
- 1.2. Criterio territorial o de asignación de competencia por razón del territorio, que permite separar la actuación de organizaciones y órganos con idéntica competencia material.

2. Secundarios:

- 2.1. Criterio jerárquico o de asignación de competencia por razón de la posición de la organización o el órgano dentro de la correspondiente estructura o sistema, que puede jugar tanto en sentido horizontal, permitiendo la diferenciación competencial dentro de cada ámbito funcional, como vertical.



2.2. Criterio temporal o de asignación de competencia por razón del tiempo, tradicionalmente de importancia y trascendencia menores, pero en la sociedad y el estado actuales adquiere progresivo relieve y consecuencias y que posibilita la ordenación tanto de la actuación de organizaciones y órganos administrativos con competencias materiales idénticas pero alternativas -haciéndolas jugar sucesivamente en el tiempo: el surgimiento de la competencia alternativa depende de la inactuación de la competencia ordinaria durante determinado lapso de tiempo-, como de la actuación de la Administración en su relación con el ciudadano (caducidad, silencio administrativo positivo).

5. Los tipos de competencia.

Conviene advertir, no obstante, que estos criterios no son capaces de dar cuenta de la entera realidad organizativa en su complejidad. Pues en dicha realidad conviven competencias de textura muy diversa:

a) Desde la perspectiva de la determinación normativa:

- Competencias específicas o fruto de asignaciones normativas realizadas en términos de exclusividad (toda la competencia para determinado centro) y exclusión (incapacidad de su ejercicio por cualquier otro centro), de forma precisa e indubitada y a favor de un concreto órgano.
- Competencias inespecíficas o derivadas de atribuciones efectuadas, sin mayor o ulterior detalle o concreción, a enteras organizaciones o a órganos complejos (por ejemplo, un Ministerio). Este tipo de asignación competencial demanda una regla supletoria, que efectivamente suele establecerse con el carácter general: la de presunción de que la competencia se ha atribuido a los órganos inferiores por razón de la materia y del territorio¹⁰.

¹⁰ En el Derecho español, el artículo 12.3 LRj APyPAc establece efectivamente una regla supletoria de éste tipo, al determinar que:

<<Si alguna disposición atribuye competencia a una Administración, sin especificar el órgano que debe ejercerla, se entenderá que la facultad de instruir y resolver los expedientes corresponde a los órganos inferiores competentes por razón de la materia y del territorio y, de existir varios de éstos, al superior jerárquico común>>.

- Competencias repartidas, concurrentes y compartidas o en las que la asignación normativa determina la convergencia de varias organizaciones u órganos, en distintos términos, sobre un mismo objeto.

La nota común a todas estas manifestaciones competenciales es la compartición con reparto diverso, de una misma materia.

- Competencias residuales o producto de asignaciones normativas motivadas en la finalidad de evitar que alguna función administrativa no esté encomendada a organización u órgano algunos.
- Competencias indistintas o que son resultado de una misma atribución a dos o más organizaciones u órganos administrativos.

b) Desde la perspectiva, compatible con la anterior, de la circunstancia en la que se produce la actuación administrativa:

- Competencias ordinarias, que son todas las determinadas por el ordenamiento desde el presupuesto de la situación normal la plena vigencia de éste.
- Competencias en estado de necesidad, que son las que se actualizan, desde las correspondientes previsiones normativas, desde que concurren las circunstancias, previstas desde luego por el ordenamiento jurídico, en las que, por su carácter extraordinario y por razón de las exigencias inherentes a su superación, dicho ordenamiento queda en suspenso, siquiera parcialmente y desde luego en punto al orden competencial. Así sucede en los casos de estado de necesidad tanto formalizados (estados de excepción, sitio y alerta, en el Derecho español, por ejemplo), como no formalizados (catástrofes naturales, por ejemplo).

A todo lo dicho debe añadirse aún el dato de la configuración posible de determinadas Administraciones u organizaciones en términos que, siendo su finalidad la de asistir, auxiliar o suplir o cubrir las insuficiencias de otras Administraciones por razón de economía de escala o de capacidad de gestión, incorporan a su esfera decisional la facultad de ampliar la competencia propia a costa de esas otras Administraciones¹¹.

¹¹ Ejemplo paradigmático en el sistema administrativo español son las Disputaciones provinciales (agrupaciones legales de Municipios). Conforme al artículo 32.2 a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local entre los fines esenciales de las Provincias está el de asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal.



6. Las formas de atribución de las competencias.

Es éste un fenómeno que guarda relación con la forma de la atribución normativa de las competencias, que puede ser i) por competencias perfectamente individualizadas ii) por complejos o conjuntos de competencias más o menos amplios; y iii) en bloque la totalidad de las competencias relativas a la satisfacción de los intereses públicos o generales propios de una colectividad territorial que es la característica de las atribuciones a las llamadas, por ello mismo, Administraciones territoriales;

Administraciones, que son, así, universales¹². Precisamente para diferenciar esta atribución en bloque de las asignaciones de competencias más concretas, incluso individualizadas, en la dogmática alemana se distingue entre responsabilidades y competencias para calificar el resultado de la una y las otras, respectivamente. Se trata de una calificación distintiva que es convincente, toda vez que permite explicar una cualidad peculiar de las expresadas Administraciones territoriales-universales, que nunca deriva de las formas de atribución por competencias individualizadas o por conjuntos más o menos amplios, pero acotados, de éstas: su creatividad, en el sentido de que aquellas Administraciones son capaces de transformar, a través de la asunción de las necesidades y aspiraciones de la colectividad, intereses de ésta en verdaderas competencias (mediante la formalización de aquéllos en actividades o servicios).

No es posible, sin embargo, que el proceso de determinación normativa de las competencias se cumpla de modo que la distribución y asignación de éstas sea completa, precisa y nítida. Es inevitable que dicho proceso adolezca, contenga o produzca lagunas, deficiencias y solapamientos. De ahí la consustancialidad al sistema organizativo-competencial de mecanismos de resolución de conflictos negativos y positivos de atribuciones: mecanismos, que no es posible estudiar aquí por razones obvias.

De otro lado, la determinación normativa, aunque vista diacrónicamente sea un proceso, es, sincrónicamente y también de forma inevitable, rígida, en tanto

¹² El ejemplo académico es el Municipio como organización institucionalizadora de las colectividades o comunidades territoriales de base, derivadas del asentamiento lo en el territorio y la convivencia vecinal. En Derecho español la universalidad de la competencia municipal se expresa en el artículo 25. 1 de la ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, a tenor del cual:

<<El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios contribuyan a satisfacer las necesidades y las aspiraciones de la comunidad vecinal>>.

que orden establecido incapaz de tener una perspectiva global de sí mismo suficiente para evitar las disfunciones consistentes en la concentración excesiva de competencias en organizaciones y órganos determinados, frente la holgura de otras para asumir aún funciones, así como para mantener una adaptación suficiente a la rápida evolución de las circunstancias. Es este otro rasgo consustancial a todo sistema organizativo-competencial el que hace necesaria la instalación en él de un mecanismo flexibilizador de autoajuste limitado¹³. Este mecanismo consiste en la previsión de atribuciones derivativas de competencia, es decir, de la alteración de las atribuciones normativas originarias sobre la base de una autorización general asimismo normativa. Las atribuciones derivativas pueden tener distinto alcance en función de la técnica que se emplee para operar la alteración de la atribución originaria de la competencia.

III. LAS TÉCNICAS DE FLEXIBILIZACIÓN DEL PROCESO DE DETERMINACIÓN NORMATIVA DE LAS COMPETENCIAS.

1. La transferencia o reasignación de la competencia.

Como señala acertadamente J.A. Santamaría Pastor¹⁴, ésta es la técnica más simple, pero al mismo tiempo más expeditiva y completa de traslación de la competencia en principio asignada a una organización o un órgano determinados. Consiste en la reasignación de aquella mediante la modificación de la norma que hizo la atribución originaria.

La reasignación, sin embargo, puede producirse, presentando, por ello, perfiles distintos, de las dos formas siguientes:

- a) Intersubjetiva o entre organizaciones (entidades o Administraciones) distintas, en la que puede distinguirse, a su vez, una traslación o transferencia verdadera (se reasigna la competencia a una entidad realmente diferente de la que hasta entonces venía siendo titular)¹⁵ y una falsa (se produce

¹³ El alcance limitado del mecanismo es inherente al sistema. Pues es en otro caso la operatividad de aquél anularía la función de orden de éste.

¹⁴ J.A. Santamaría Pastor, op. cit. en nota núm. 4, pág. 396.

¹⁵ Ejemplos de transferencia o traslación verdadera de competencias son los supuestos contemplados en los dos primeros números del artículo 150 de la Constitución española a tenor de los cuales:
<<1. Las Cortes Generales, en materias de competencia estatal podrán atribuir a todas o algunas de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas



sencillamente la excentralización funcional de una competencia por descarga en una organización instrumental solo formalmente autónoma y, por tanto, distinta).

Cuando este tipo de alteración competencial tiene alcance territorial y se produce en sentido descendente, es decir, a favor de instancia territorial inferior, se inscribe en el fenómeno de la descentralización. Por ello mismo, en los sistemas estatales en que las competencias de las entidades locales de base (significativamente los Municipios) no aparecen determinadas directamente en la Constitución, la reasignación es el procedimiento normal de determinación y atribución de las competencias de las mismas. Sobre todo, cuando en dichos sistemas, además, las entidades locales carecen de potestad legislativa formal¹⁶.

- b) Interorgánica o entre órganos de una misma organización, entidad o Administración.

Cuando este tipo de operación se cumple para descargar competencias de los órganos superiores en los inferiores se está ante una desconcentración.

Esta técnica produce ciertamente una modificación normativa de la hasta entonces vigente atribución de la correspondiente competencia, pero lo que la distingue, cuando juega en el plano exclusivamente administrativo, es su operatividad sobre la base de una autorización legal general otorgada al efecto justamente para flexibilizar el orden competencial establecido.

legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una Ley estatal. Sin perjuicio de la competencia de los Tribunales, en cada Ley marco se establecerá la modalidad del control de las Cortes Generales sobre estas normas legislativas de las Comunidades Autónomas.

2. El Estado podrá transferir o delegar en las comunidades Autónomas, mediante Ley orgánica, facultades correspondientes a materias de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La Ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado>>.

¹⁶

Es la solución normal en los Estados europeos. La Carta de Autonomía Local, hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985 dispone, por ello, en su artículo 4.1 que:

<<Las competencias básicas de las entidades locales vienen fijadas por la Constitución o por la Ley. Sin embargo, esta disposición no impide la atribución a las entidades locales de competencias para fines específicos de conformidad con la Ley >>.

En el Derecho español, los artículos 2.2, 25.2 y 36.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, prevén que las competencias de los entes locales han de resultar de las correspondientes previsiones de la legislación sectorial del Estado y las Comunidades Autónomas según sus respectivas competencias legislativas conforme a la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

2. La delegación.

Por contraste con la transferencia o reasignación, la delegación —tal como se entiende comúnmente por la doctrina— implica una traslación siempre revocable por una organización u órgano superiores u otros inferiores sólo del ejercicio de una competencia propia, reteniendo así el delegante a titularidad de ésta.

No obstante este concepto muy extendido, es lo cierto que:

- a) La técnica de la delegación, al menos cuando es intersubjetiva y no meramente interorgánica, puede operar también en sentido ascendente, de una organización inferior o de ámbito territorial más reducido a favor de una organización superior o de ámbito territorial más amplio¹⁷. Aparte de que nada obsta a que juegue asimismo en sentido horizontal, por supuesto cuando se trata de traslaciones de una Administración matriz a favor de una de sus organizaciones instrumentales creadas en el contexto de la llamada descentralización funcional.
- b) En realidad y tal como tiene señalado L. Morell Ocaña¹⁸ la delegación constituye un supuesto de titularidad compartida de la competencia en términos de reparto -en virtud de la operación de delegación de las facultades y los deberes que integran el contenido de la competencia entre el delegante y el delegado.

Más concretamente: la delegación produce, según esta tesis, una disociación del haz de facultades y deberes del título competencial para formar a partir de él una titularidad secundaria en favor del delegado, que incluye las facultades y los deberes precisos para la actuación efectiva de la competencia, quedando en poder del delegante cuando menos las facultades de: i) reintegración del título competencial que resulta amputado y ii) de dirección, coordinación y control del ejercicio de dicho título.

Esta tesis es convincente. Primero porque supera el esquema conceptual anclado en el Derecho privado, que condiciona el análisis y, por tanto, la

¹⁷ Así, en Derecho español, el artículo 47. 3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, requiere el quorum reforzado de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la correspondiente corporación para la adopción de acuerdos de transferencia de funciones o actividades a otras Administraciones públicas, así como la aceptación de las delegaciones o encomiendas de gestión realizadas por otras Administraciones, salvo que por Ley se impongan obligatoriamente, presuponiendo así la posibilidad de delegaciones <<hacia arriba>>.

¹⁸ L. Morell Ocaña, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 4ª ed., Pamplona, Aranzadi, 1998, pág. 235.



comprensión del fenómeno por razón de la distinción derecho-ejercicio de éste. Pero sobre todo, porque es más congruente con la economía lógica del tráfico jurídico-administrativo, explicando mejor las soluciones de Derecho positivo¹⁹.

En la actualidad es observable una clara tendencia a flexibilizar el régimen de la delegación para hacer más operativa esta técnica al servicio de la adaptación a su ambiente social de las diferentes organizaciones administrativas. Recurriendo al ejemplo del Derecho positivo español, puede decirse:

- a) Permanecen ciertamente las reglas de preceptividad de la publicación del establecimiento y la revocación de la delegación y de la imputación de los actos del delegado al delegante²⁰.
- b) Pero han aparecido los siguientes nuevos elementos:
 - El principio de delegabilidad de la propia competencia, salvo prohibición expresa²¹.
 - La permisión limitada de las subdelegaciones (delegaciones de competencias delegadas)²².
 - La delegación intersubjetiva o interadministrativa (no sólo descendente, sino horizontal y ascendente)²³.

¹⁹ Así, en Derecho español, el artículo 12.1, párr. 2º LrjAPyPAc dispone que la encomienda de gestión, la delegación de firma y a suplencia no suponen alteración de la titularidad de la competencia, aunque sí de los elementos determinantes de su ejercicio que en cada caso se prevén. Este precepto, interpretado a contrario sensu, implica que la verdadera delegación sí produce alteración en la titularidad.

²⁰ Números 3 y 4 del artículo 13 LRjAPyPAc

²¹ Así resulta de los números 1 y 2 del artículo 13, en relación con el número 1 del artículo 12, ambos LrjAPyPAc. Una aplicación anticipada de este principio se contiene en los números 3 del artículo 21; 4 del artículo 22; 4 del artículo 33; y 2 del artículo 34, todos ellos de la ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, que autorizan las delegaciones de sus competencias por parte del Alcalde o Presidente y de los Plenos de las entidades locales, salvo las expresamente enumeradas como exceptuadas de tal autorización general.

²² El número 5 del artículo 13 de la LRjAPyPAc dispone literalmente:
<<Salvo autorización expresa de una Ley, no podrán delegarse las competencias que se ejerzan por delegación, ni el ejercicio de la competencia para resolver un asunto cuando se haya emitido con anterioridad dictamen preceptivo acerca del mismo>>.

²³ Además de en los artículos 27 y 37 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, este tipo de delegación aparece regulado también en los artículos 5 y 8 de la Ley 12/1983, del proceso autonómico.

- La delegación interorgánica entre órganos que no sean jerárquicamente dependientes entre sí, lo que significa la legitimación de las delegaciones «horizontales» y «per saltum»²⁴.
- La previsión como destinatarios legítimos de la delegación tanto de órganos unipersonales, como de órganos colegiados²⁵.
- La contemplación de delegaciones efectuadas tanto con como sin acuerdo de la organización u órgano delegado²⁶.

De esta forma puede decirse que la delegación ha dejado de ser una técnica intermedia entre la mera delegación de firma y la desconcentración. Hoy presenta unos perfiles propios nítidos y muy matizados.

Debe, en todo caso, diferenciarse de:

- i) La llamada delegación permanente, que es una fórmula empleada para enmascarar, en realidad, una verdadera reasignación de competencias.
- ii) El encargo, la misión, la comisión o la representación, que son figuras reconducibles a la designación de una persona para sustituir al titular de un órgano en un acto, una ceremonia o una reunión o en la realización de una actuación sin producir actos con relevancia jurídica directa.

²⁴ El número 1 del artículo 13 LRjAPyPac autoriza a acordar en cada Administración pública la delegación del ejercicio de competencias atribuidas a sus órganos administrativos en otros órganos, aunque no sean jerárquicamente dependientes, cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial que lo hagan conveniente.

²⁵ El número 7 de la LRjAPyPac determina que «la delegación de competencias atribuidas a órganos colegiados, para cuyo ejercicio ordinario se requiera un quórum especial, deberá adoptarse observando, en todo caso, dicho quórum».

La práctica que parece haberse instalado en el Derecho español al amparo de este precepto de delegaciones del órgano colegiado en su Presidente o Secretario debe considerarse no cubierta por dicho precepto legal, salvo que el Presidente y el Secretario estén configurados, además, como tales órganos con competencias propias separadas de las del órgano colegiado como tal. Pues el Presidente y el Secretario no son -excepción hecha del supuesto aludido- órganos, sino miembros del órgano colegiado que ejercen un cargo o desempeñan una tarea dentro de éste.

²⁶ El número 3 del artículo 27 (y el artículo 37, en cuanto remite al anterior) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, exige en las delegaciones intersubjetivas como regla general y para su efectividad, la aceptación de la entidad delegada. Se exceptúa el supuesto en que la delegación la imponga una Ley formal delegación que, por tanto, no requiere la expresada aceptación.



Y en ningún caso debe confundirse con la delegación de firma, que, en Derecho español²⁷, no pasa de ser una técnica que, en el curso de la relación de jerarquía, no pasa de cumplir una función de colaboración entre el titular de un órgano y sus subordinados, éstos asumen la tarea material de firmar las resoluciones que el superior sigue dictando pero oralmente. No hay, pues, en la delegación de firma traslación alguna de competencia.

3. La encomienda de gestión.

Esta técnica novedosa supone una traslación limitada de la competencia pues la operación traslativa solo alcanza a las actuaciones materiales, nunca a las que puedan producir directamente efectos jurídicamente relevantes²⁸.

Su empleo está circunscrito inevitablemente, pues, a las potestades que, además de la adopción formal de actos jurídicos, comporten el desarrollo de actividades reales, técnicas, materiales o prestacionales (asistencia sanitaria, enseñanza, transporte, extinción de incendios, etc...).

Lo que singulariza, pues, a la encomienda de gestión respecto, sobre todo, de la delegación son las dos siguientes notas:

- 1ª La escisión del contenido de la competencia, concretamente la dimensión jurídico-formal y la dimensión real, material, técnica o prestacional del mismo.
- 2ª La no comprensión en ningún caso por la traslación competencial ni de la titularidad, ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, de suerte que al órgano que efectúa la encomienda le corresponde siempre, no obstante ésta, la adopción de cuantas decisiones y resoluciones de carácter jurídico deban producirse en ejercicio de la competencia de que se trate²⁹.

²⁷ El artículo 16 LRjAPyPac cii sus dos primeros números, determina que:

<<1. Los titulares de los órganos administrativos podrán, en materia de su propia competencia, delegar la firma de sus resoluciones y actos administrativos a los titulares de los órganos o unidades administrativos que de ellos dependan, dentro de los límites señalados en el artículo 13.

2. La delegación de firma no alterará la competencia del órgano delegante y para su validez no será necesaria su publicación>>.

²⁸ En el Derecho español la regula el artículo 15 LRjAPyPac, cuyo número 1 determina: <<La realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o entidades de la misma o distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño>>.

²⁹ En el Derecho español así lo dispone taxativamente el número 2 del artículo 15 LRjAPyPac, a cuyo tenor:

Debe destacarse que por su causa típica (la mayor eficacia en la acción administrativa o la carencia de medios idóneos en el encomendante) y sus características propias, la encomienda de gestión implica entendimiento y cooperación entre los correspondientes órganos y entidades. De ahí que, en Derecho español, los números 3 y 4 del artículo 15 LRjAPyPAc establezcan como requisito el acuerdo entre los órganos o las entidades (si éstos pertenecen a una misma Administración, se entiende territorial) o la firma de convenio entre los mismos (si pertenecen a distintas Administraciones, se entiende territoriales).

4. La sustitución.

La nota singularizadora de esta técnica es la temporalidad del efecto traslativo de la competencia que produce. En ella se manifiesta con especial intensidad, pues, la creciente importancia del criterio temporal en la asignación normativa de las competencias. El transcurso del tiempo en principio fijado para la actuación de la competencia atribuida, sin actuación efectiva de la misma (o, en su caso, la ocurrencia de otras anomalías), produce, en virtud justamente de la sustitución (cuando ésta está prevista legalmente), el desapoderamiento de la organización u órgano que tuviera atribuida dicha competencia a favor de otra organización u órgano.

En Derecho español se contemplan tres supuestos generales de sustitución, cuyo régimen jurídico no es idéntico.

La Constitución contempla directamente, en su artículo 155 y en el contexto de la relación entre el Estado central y las Comunidades Autónomas, la posibilidad para aquél, en caso de incumplimiento por éstas de sus obligaciones constitucionales o de actuación por ellas de forma gravemente atentatoria a interés general de España, de requerir al Presidente de la Comunidad Autónoma correspondiente y, caso de no ser atendido éste y con aprobación por mayoría absoluta del Senado, de adoptar las medidas necesarias para obligar al cumplimiento forzoso de las obligaciones o para proteger el interés general afectado, estando habilitado, además y para la ejecución de tales medidas, para dar instrucciones a todas las autoridades de la Comunidad Autónoma de que se trate. De forma paralela y con respecto a las entidades locales, el

<<La encomienda de gestión no supone cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de la encomienda>>.



artículo 67 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, autoriza al Delegado del Gobierno en la correspondiente Comunidad Autónoma para, en caso de que una entidad local adoptara actos o acuerdos gravemente atentatorios al interés general de España y previo requerimiento de anulación al Presidente de la corporación correspondiente (por plazo no superior a cinco días), para suspender dichos actos o acuerdos (dentro del plazo de los diez días siguientes a la recepción de éstos o de a finalización del plazo otorgado en el requerimiento no contestado) y adoptar las medidas pertinentes para la protección del referido interés, procediendo ulteriormente (dentro de los diez días siguientes a la suspensión) a la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Y, más claramente aún, el artículo 60 de la citada Ley 7/1985, de 2 de abril determina, además y para las relaciones entre las Administraciones General del Estado y las de las Comunidades Autónomas, de un lado, y las entidades locales, de otro, que el incumplimiento por éstas de obligaciones impuestas directamente por la Ley (de forma que afecte al ejercicio de competencias de aquéllas) y cuya cobertura económica estuviera legal o presupuestariamente garantizada, dichas Administraciones superiores deben, según su respectivo ámbito competencia¹, recordar a la entidad local de que se trate el cumplimiento de sus obligaciones -concediendo al efecto el plazo que fuera necesario (nunca inferior a un mes)- y en caso de que el recordatorio no tuviera efecto, adoptar las medidas necesarias para el referido cumplimiento a costa y en sustitución de la entidad local.

Es frecuente la confusión de esta técnica con la de la subrogación³⁰, que no parece correcta. La subrogación implica la colocación en la posición jurídica del ente u órgano afectado y, por tanto, la posibilidad de ejercicio por el que se subroga de la o las correspondientes competencias propias de éste. La sustitución carece de ese alcance, ya que el sustituto continúa actuando sobre la base en ejercicio de competencias propias (no del sustituido) para quebrar la conducta o la inactividad que la motiva y disponer o necesario para tutelar los intereses cuya gestión está encomendada de suyo al sustituto.

Así sucede desde luego en los dos primeros supuestos antes expuestos: el sustituto adopta medidas para obligar al cumplimiento de obligaciones constitucionales y para proteger el interés general de España (no de la concreta

³⁰ Así, por ejemplo, J.A. Santamaría Pastor. op. cit. en nota núm. 4 , habla, con referencia a dos de los supuestos legales comentados en el texto, de <<sustitución por subrogación>> , diferenciándolos de los de <<sustitución por disolución>>.

Comunidad Autónoma sustituida) y puede, si es necesario, cursar instrucciones a las autoridades autonómicas. Como se ve, por tanto, son siempre, incluso jugando ya la sustitución, los órganos autonómicos (sustituidos) los que actúan las competencias asimismo autonómicas, si bien bajo el efecto del requerimiento practicado o las medidas adoptadas y, en su caso, bajo las instrucciones recibidas. Y lo mismo, incluso más claramente ocurre en el segundo de los supuestos, el correlativo para las entidades locales, pues aquí el Delegado del Gobierno, además, suspende (actuando una competencia propia) la eficacia de los actos y acuerdos propios de la correspondiente corporación local, viéndose obligado a impugnar judicialmente éstos para obtener su invalidación.

El supuesto previsto en el artículo 60 de la repetidamente citada Ley 7/ 1985, de 2 de abril, tercero de los expuestos y el que más fielmente responde a la técnica de la sustitución, incide no tanto en la dimensión formal jurídica de las competencias locales cuanto en la materia, real o técnica, como revela la alusión a que la obligación incumplida tenga cobertura económica esté asegurada legal o presupuestariamente. Quiere decirse, pues, que la sustitución opera aquí más bien como trasunto en las relaciones interadministrativas del medio de ejecución forzosa consistente en la ejecución subsidiaria en las relaciones entre la Administración y el ciudadano.

5. La avocación.

La avocación, finalmente, es una técnica traslativa de la competencia que cumple una función muy específica: otorgar la posibilidad al órgano superior jerárquico o, en todo caso, delegante no obstante el orden competencial establecido o la delegación efectuada (y la persistencia de su vigencia), conocer y resolver un asunto cuyo conocimiento corresponda a uno inferior o al delegado³¹.

Para entender cabalmente esta figura debe tenerse en cuenta que opera en el contexto:

³¹ En Derecho español, el artículo 14. 1 LRjAPyPAc prevé hoy la avocación con carácter muy amplio disponiendo:

<<Los órganos superiores podrán avocar para sí el conocimiento de un asunto cuya resolución corresponda ordinariamente o por delegación a sus órganos administrativos dependientes, cuando circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial lo haga conveniente.

En los supuestos de delegación de competencias en órganos no jerárquicamente dependientes, el conocimiento de un asunto podrá ser avocado únicamente por el órgano delegante>>.



- a) Bien de la relación orgánica de jerarquía, que presupone una misma competencia material en los órganos implicados (la diferencia competencial es sólo funcional), y, por tanto, en el campo en que la pretensión de efectividad del orden competencial es menor, pues las consecuencias invalidantes de su transgresión puede ser enervada mediante convalidación de la actuación del inferior por el superior.
- b) Bien de la delegación, en la que el delegante retiene la disposición última sobre la competencia, puede cursar instrucciones al delegado los actos de éste le son imputados.

Debe notarse que el régimen de la delegación se impone a efectos de avocación cuando se interfiere con el de la relación de jerarquía, en caso de que aquélla se haya hecho en un órgano no dependiente del delegante, sino de un órgano distinto. En tal caso es sólo el delegante en modo alguno el superior jerárquico, el que puede avocar para el ejercicio de la competencia delegada.

Quiere decirse, pues, que la avocación está al servicio tanto de la función de dirección ínsita en la posición de superioridad jerárquica en la organización administrativa, como de la que resulta de la posición del órgano delegante no obstase la operación previa de delegación de su competencia. Esta doble finalidad le otorga suficiente justificación (en el específico y limitado ámbito en que legitimamente puede jugar), haciendo perder consistencia a las críticas que se le formulan desde la doctrina, fundamentalmente por actuar caso a caso (por todos: J. R. Parada Vázquez³²).

En todo caso, la avocación se caracteriza por una doble nota:

1. No produce tanto una alteración del orden competencial establecido, como una excepción del mismo en el caso concreto³³.

La operación de avocación es, así, singular o referida a un asunto determinado, por más que tal singularidad no deba considerarse esencial a la figura.

³² J. R. Parada Vázquez, Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, Pons, 1993, pág. 104; también en Derecho Administrativo (II), 13 ed., Madrid, M. Pons, 1999, pág 52.

³³ De ahí, es decir, porque produce cambio, para un asunto, en el órgano llamado con carácter general a resol ver, que el número 2 del artículo 14 LRJAPyPac imponga la motivación del acuerdo avocatorio y su notificación a los interesados en el procedimiento administrativo con anterioridad a la resolución final que se dicte.

2. No tener, por tanto, efectos generales y si sólo en el caso específico para el que se disponga: un determinado procedimiento y para su resolución.

LA COMPETENCIA SIN DESVIACIONES

COMENTARIOS AL TEMA:
LA COMPETENCIA SIN DESVIACIONES
(DESCENTRALIZACIÓN, DESCONCENTRACIÓN, DELEGACIÓN)

Abg. Rosibel Grisanti de Montero

Profesora de Derecho en la Facultad
de Ciencias Económicas y Sociales
de la Universidad de Carabobo.
Especialista en Derecho Administrativo.

I.
CONSIDERACIONES PREVIAS

En primer término, hemos de indicar que los comentarios que realizaremos estarán ubicados en la realidad jurídica de nuestro país, una vez escuchadas las enseñanzas magistrales del jurista internacional Luciano Parejo Alfonso, quien nos honra con su visita desde la madre patria. En segundo lugar, hemos de precisar el contenido y alcance de estos comentarios, que se dirigen fundamentalmente a tratar tres aspectos relevantes del tema *in commento*, que consideramos que se prestan a la discusión y al aporte de planteamientos y conclusiones que -es nuestra esperanza- puedan ser de algún beneficio para el Derecho Administrativo nacional:

1. Los problemas surgidos con la descentralización, a raíz de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, y por el nuevo panorama que perfila la Constitución vigente.
2. La desconcentración municipal, en torno a la figura de las Parroquias.
3. La delegación de atribuciones y de firmas, a la luz de la jurisprudencia venezolana.

II. LOS PROBLEMAS SURGIDOS CON LA DESCENTRALIZACIÓN

Quizá por tener el domicilio en un estado y no en la capital de la República, tenemos una óptica distinta del proceso de descentralización que se ha venido desarrollando efectivamente en el país desde la década de los noventa. Y decimos distinta, porque al analizar las opiniones que existen al respecto, encontramos criterios opuestos, unos totalmente en apoyo de la autonomía sin limitaciones de los estados – entendida como una descentralización política-, y otras que hablan de una descentralización administrativa (de tareas) que no implica transferencia de un verdadero poder; y tales criterios provienen de juristas que viven en Caracas. Mas, al habitar en un estado que ha sido pionero en materia de descentralización, hemos realmente vivenciado este proceso, en el sentido de haber disfrutado de las ventajas que la autonomía estatal nos ha brindado, así como haber observado algunas distorsiones en la manera de asumir la descentralización, sobre todo en materia tributaria. Por consiguiente, queremos plantear, a la luz de las normas existentes desde 1989 y de las disposiciones que trae la Constitución recientemente promulgada¹, dos aspectos de la descentralización: el poder tributario de los Estados y el ejercicio de las competencias concurrentes.

1. La delimitación de competencias del Poder Público.

La Constitución de 1999 establece en su artículo 4 que “la República de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados por esta Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad”. A su vez, dispone el art. 136 *eiusdem* que el Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. Y en cuanto a la delimitación de competencias entre los tres niveles territoriales del Poder Público, encontramos que el art. 156 prevé la competencia del Poder Público Nacional, en una larga lista de 33 ordinales, el art. 164 preceptúa la competencia exclusiva de los Estados y el art. 178 consagra la competencia del Municipio. No obstante, al examinarse las disposiciones contenidas en el texto constitucional, hay quienes han opinado que realmente se contempló un estado federal descentralizado con un marco centralista². En todo caso, nos parece que se han delineado con más claridad

¹ Gaceta Oficial No. 36.860 del 30 de diciembre de 1999.

² En tal sentido, opina el jurista Allan R. Brewer-Carías que el resultado final del esquema constitucional de distribución territorial del poder no ha significado avance sustancial alguno respecto del proceso de descentralización que se venía desarrollando durante la



ciertas normas que van a dirigir el proceso de descentralización, como luego indicaremos.

Es importante alzar el proceso de descentralización que se ha venido desarrollando en nuestra patria, a comienzos de la década de los 90, por medio del cual se pudo realizar una verdadera reforma del Estado, tendente a rescatar el sistema federal como sistema de distribución vertical del Poder Público. En efecto, la descentralización se inició con pasos ciertos a raíz de la promulgación en 1988 de la *Ley sobre Elección y Remoción de los Gobernadores de Estado* (GO No. 34.039 del 29 de agosto de 1988). Mas, realmente, el instrumento jurídico que permitió el verdadero avance del proceso descentralizador en Venezuela fue la *Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público* (GO NO. 4.153 del 28 de diciembre de 1989). Y decimos esto porque esta ley permitió a los estados alcanzar un papel protagónico en el ejercicio del Poder Público, y en tal sentido muchos servicios públicos que venían siendo gestionados por el Poder Nacional fueron transferidos a las entidades federales, observándose así una prestación más directa y eficiente en muchos casos, que brinda a los ciudadanos la posibilidad del ejercicio efectivo de sus derechos en cuanto a una adecuada e idónea prestación de los servicios públicos³.

2. Problemas surgidos con la descentralización en el ámbito tributario y con respecto a las competencias concurrentes.

Es innegable que el proceso de descentralización que se ha venido desarrollando en Venezuela constituye un tema polémico, en torno al cual se ubican calificados juristas que defienden este proceso –por considerar, sobre todo, que está revitalizando el Estado federal previsto en la Constitución y fortaleciendo la democracia como sistema de gobierno-; mas, existe otro importante grupo de juristas que han expresado su alarma con respecto a la forma como se ha venido realizando la descentralización en el país, fundamentalmente por la fragmentación del ordenamiento jurídico y por el resurgimiento de tendencias caudillistas.

última década en el país, al amparo de la Constitución de 1961; y más bien, en muchos aspectos, ha significado un retroceso institucional. Por ello la denominación de “Estado Federal Descentralizado”, en definitiva, no pasa de ser el mismo “desideratum” inserto en la Constitución de 1961, hacia el cual se puede ir, pero que no se consolida en el Proyecto (ver **La Constitución de 1999**, comentada por Allan R. Brewer-Carías, Editorial Arte, Caracas, 2000, p. 155).

³ Cfr. sobre este tema Rosibel Grisanti Belandria, Servicios Públicos de Transporte y Vialidad, en **Servicios Públicos, Balance & Perspectiva**, Vadell Hermanos Editores, Valencia, 1999, pp. 310 a 313.

a) *El poder tributario de los estados.*

Uno de los aspectos más debatidos en el área de la descentralización ha sido el relativo al poder tributario de los estados, el cual se ha puesto de relieve con el problema de los peajes, por la modificación continua del monto de las tasas que exigen los estados por el uso de las autopistas. Los estados que han asumido la competencia relativa a la conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras, puentes y autopistas en sus territorios (según lo dispuesto en el art. 11, ord. 3º, de la citada Ley de Descentralización), han regulado a su vez, en la misma ley estatal por la cual se asumió esa competencia, lo referente a los peajes, en cuanto al establecimiento de los montos a exigir por el uso de la vialidad y la posibilidad de revisar y aumentar tales montos, periódicamente y según criterios del ente territorial, sin consultar en ningún momento al Poder Nacional.

Sobre la potestad de los Estados en creación y modificación de peajes, existen criterios a favor y en contra, que se fundamentan en el sentido y alcance de la figura de la descentralización contenida en el art. 137 de la Constitución de 1961, y desarrollada por la comentada Ley de Descentralización, en tanto en cuanto se considere que existe una *descentralización política* -que implica transferencia de poder público a los entes territoriales-, o si se estima que solamente se está ante una *descentralización administrativa* -que contempla únicamente la transferencia de funciones o tareas administrativas.

A favor del poder tributario de los Estados, podemos citar en primer término a ALLAN BREWER CARÍAS, quien ha manifestado que un verdadero proceso de *descentralización* es un proceso de distribución territorial del poder, se trata de un asunto del poder público. Es distribuir el poder público territorialmente entre entidades autónomas en un espacio geográfico; y distribuir parte del poder público es distribuir competencias, recursos y distribuir el poder tributario. No hay una *descentralización* verdadera si no hay distribución del poder tributario, de manera que pueda haber ingresos propios en los niveles estatales, y eso conduce necesariamente a nuevos protagonismos y liderazgos en el Estado. Eso es un verdadero proceso de *descentralización*⁴.

A su vez, el constitucionalista CARLOS M. AYALA CORAO ha expuesto que la competencia transferida a los Estados en virtud de la ley para administrar y aprovechar las carreteras, puentes y autopistas implica una modificación de las

⁴ Cfr. BREWER, La descentralización es una exigencia de la democracia, en CEDIEG, **La Descentralización en Venezuela** cit., p. 159.



competencias constitucionales tributarias nacionales. En efecto, mediante esta competencia transferida se habilita a los Estados para establecer tasas y contribuciones por el uso de estas vías de comunicación, lo cual era una competencia constitucional del Poder Nacional no atribuida a los Estados (Constitución de 1961, artículos 18 y 136, ordinal 8) que ha sido modificada en virtud de la ley⁵.

Por otra parte, el administrativista GUSTAVO JOSÉ LINARES BENZO se ha pronunciado en contra de la libre fijación de los peajes por parte de los Estados, en materia de vialidad. Al referirse a la conservación, administración y aprovechamiento de autopistas, estima que esa competencia tiene una marcada sustancia administrativa, más que política, por lo que podría perfectamente incluirse en la lista de servicios transferibles del artículo 4o⁶. Y estima que por tratarse de una facultad administrativa, no permite por sí sola establecer cargas a los particulares⁷, expresando lo siguiente con respecto al poder tributario en esta materia:

A este último respecto se vuelve a plantear el problema de si pueden los Estados establecer por sí mismos los elementos de los tributos que eventualmente cause la prestación del servicio de las vías de comunicación, en el entendido de que tales gravámenes tengan naturaleza tributaria y no de precios públicos, caso este último en que cierto sector considera que no hay duda que pueden ser fijados por los Estados (RACHADELL)... . Omissis.

... se presenta aquí otro elemento adicional que debe examinarse para resolver el asunto: la prohibición constitucional a los Estados de crear aduanas o impuestos de tránsito sobre bienes extranjeros o nacionales (artículo 18, ordinal 1º-de la Constitución de 1961⁸) y la tesis ya pacífica

⁵ Vide AYALA, Naturaleza y alcance de la descentralización estatal, en **Leyes para la Descentralización...** ob. cit., p. 116.

⁶ En efecto, esta competencia aparecía en los proyectos en la lista de las competencias concurrentes, como lo pone de manifiesto JORGE SÁNCHEZ MELEÁN, cuando expresa: “El aspecto más importante, sin lugar a dudas, es la competencia relacionada con las carreteras, puentes, autopistas, puertos y aeropuertos. En los distintos proyectos de la ley esta materia se incluía siempre como competencia concurrente” (vide Reflexiones Generales sobre la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público en Venezuela, en **Leyes para la Descentralización...** cit., p. 128).

⁷ Cfr. LINARES BENZO, **Leyes Nacionales y Leyes Estadales en la Federación Venezolana**, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo Universidad Católica Andrés Bello No. 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, p. 125.

⁸ Vide art. 183, numeral 1, de la Constitución de 1999.

en otros sistemas de Estado compuesto de que la descentralización no debe romper el “mercado único” del país, estableciendo gravámenes disímiles al traslado de bienes y personas en el territorio.

Permitir a los Estados establecer a su arbitrio peajes en las vías de comunicación que se hallen en su territorio podría entorpecer notablemente el libre tránsito de personas y bienes, rompiendo ese mercado único que la descentralización no puede interferir. Por ello, pensamos que no pueden los Estados fijar libremente los tributos que cause el uso de sus vías de comunicación. En el mejor de los casos, sólo podrían establecer esas tasas dentro de los límites que fije la ley nacional, de acuerdo con la competencia general en materia de vías de comunicación que otorga al Poder Nacional el ordinal 21 del artículo 136 de la Constitución⁹.

Una vez expuestas las valiosas opiniones de los juristas citados, es preciso lograr un punto de equilibrio para tratar de obtener una solución al problema planteado, en torno a los peajes establecidos por los Estados que han asumido la competencia en materia de conservación, administración y aprovechamiento de autopistas, carreteras y puentes. En primer lugar, consideramos que la transferencia de esta competencia constituye una verdadera **descentralización política**, puesto que involucra no sólo la asunción de funciones administrativas, sino también el ejercicio del poder público que ella significa, fundamentalmente en el ámbito del poder tributario. En tal sentido, compartimos el criterio expuesto por BREWER-CARÍAS y AYALA CORAO, en cuanto a que la comentada transferencia de competencia incluye también el poder tributario en cabeza del Estado que asume la prestación del servicio público de vialidad; puesto que para que exista una verdadera descentralización ha de permitirse a los Estados el ejercicio del poder tributario en esta materia. Ahora bien, lo que sí debe ser tomado en cuenta es que dejar al libre arbitrio de cada uno de los Estados la creación y modificación de los peajes, afecta de manera indudable el citado principio del mercado único o de libre circulación, tal como lo ha puesto de relieve LINARES BENZO.

Por consiguiente, estimamos –en un estudio sobre los servicios públicos de transporte y vialidad publicado a principios de 1999, con fundamento a la Constitución de 1961- que lo certero y adecuado a los lineamientos constitucionales, sería que el Poder Nacional conservara el poder tributario en

⁹ Vide LINARES BENZO, ob. cit., pp. 125 y s. Sobre la competencia del Poder Nacional en materia de vialidad, ver art. 156, numeral 27, de la Constitución de 1999.



materia de peajes en cuanto a la regulación de los límites entre los cuales puede oscilar esa tasa, tomando como base elementos que permitan ajustar los montos a la inflación que existe en nuestro país, y que proporcionen a los Estados los ingresos suficientes para desarrollar idóneamente el servicio público de vialidad. Y quedaría en manos de los Estados el ejercicio de tal potestad tributaria, en el sentido de fijar los tipos de peajes de acuerdo con los vehículos que transiten por su territorio, siempre dentro de los límites fijados por la ley nacional. De tal suerte, se evitaría la notoria desigualdad que actualmente se observa con los peajes existentes en el territorio nacional, y no se afectaría el precitado principio del mercado único o de libre circulación, puesto que los peajes se mantendrían dentro de unos límites que respetarían los principios de la proporcionalidad y la igualdad del tributo¹⁰.

b) Las normas constitucionales en materia tributaria.

Dispone el art. 156, numeral 13, de la Constitución de 1999 que es de la competencia del Poder Público Nacional “la legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estatales y municipales así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial”. Por su parte, estatuye el art. 164 *eiusdem*, numeral 4, que es de la competencia exclusiva de los Estados “la organización, recaudación, control y administración de los ramos tributarios propios, según las disposiciones de las leyes nacionales y estatales”. Parece claro, pues, que el poder tributario de los estados va a estar sujeto en primer término a las leyes que dicte el Poder Nacional, la cual establecerá principios, parámetros y limitaciones al ejercicio del predicho poder.

Tal regulación ha sido considerada por parte de nuestra doctrina como una limitación a la autonomía de los estados, tal como lo ha puesto de relieve Allan R. Brewer-Carías, quien expresa que en materia de tributos, en la Constitución no sólo se ha dejado la materia a una legislación futura, sino que en definitiva el Poder Nacional es el llamado a regular el ejercicio de la potestad tributaria, estatal y municipal¹¹.

¹⁰ Vide Rosibel Grisanti Belandria, estudio cit., pp. 320 a 325.

¹¹ En el mismo sentido, agrega el Dr. Brewer-Carías (*La Constitución de 1999* cit., p. 156) que en cuanto a la distribución de competencias entre los entes territoriales, el proceso de descentralización exigía, ante todo, la asignación efectiva de competencias tributarias a los Estados, sobre todo en materia de impuestos al consumo, como sucede en todas la Federaciones. Los avances que el Proyecto tenía en esta materia en la primera discusión

En nuestra opinión, la limitación contenida en las normas constitucionales citadas deben desarrollarse en el sentido de afianzar la autonomía de los estados y municipios, para que se ejerza de una manera armónica y coordinada el poder distribuido en forma vertical, por lo que debe ceñirse a tal finalidad y no extenderse a una regulación pormenorizada del poder tributario de los preindicados entes territoriales. *Id est*, en materia tributaria existe una serie de principios fundamentales que deben respetar los entes con potestad tributaria, tales como los principios de legalidad, irretroactividad, capacidad tributaria, progresividad del tributo; y en atención a su trascendencia jurídica, estos principios tributarios fundamentales se encuentran consagrados en la Constitución Nacional¹²; y para evitar la heterogeneidad de regulaciones por los distintos entes con poder tributario, que pudiese tergiversar el alcance de los predichos principios, el texto fundamental atribuye su regulación al Poder Nacional.

Por lo tanto, las preindicadas normas constitucionales abonan también la tesis de que la uniformidad de la potestad tributaria en materia de peajes, en cuanto a la determinación de los límites en los cuales se pueden fijar esas tasas, debe corresponder al Poder Nacional, para así asegurar el respeto a las garantías constitucionales. La posición adoptada en materia tributaria no implica, en modo alguno, que estemos en contra de la descentralización. Por el contrario, nos situamos en la línea de personas que abogan por profundizar y ampliar el proceso descentralizador hacia los estados, para así lograr un mejor ejercicio del poder público, más cercano a los ciudadanos –lo que permite la auténtica participación de la sociedad civil, principio fundamental de la democracia- y que imprima agilidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos. Mas, para obtener una verdadera descentralización, ajustada a los principios de Derecho Público que informan este mecanismo de distribución de poder, es imprescindible que el proceso se realice con orden y adecuación al conjunto de derechos y garantías individuales, sociales, políticos y económicos establecidos en la Constitución. La defensa del proceso de descentralización no se puede basar en una visión egoísta de los intereses de un estado en particular, sino que debe tener por norte un desarrollo armónico del país, en el cual los estados, al promover el

fueron abandonados, y en la segunda discusión se le quitaron a los Estados todas las competencias tributarias que se le habían asignado, con lo que se retrocedió al mismo estado que existía en la Constitución de 1961. En esta forma, los Estados seguirán dependiendo del Situado Constitucional, el cual puede incluso disminuirse, además de que se le fijó un tope máximo (20% de los ingresos nacionales) que en la Constitución de 1961 no tenía (sólo había un mínimo).

¹² Vide arts. 316 y 317.



mejoramiento de la calidad de vida en su respectivo territorio, contribuyan a su vez al progreso de toda la nación¹³.

c) Las competencias concurrentes.

La Constitución de 1999, una vez que establece la competencia exclusiva de los estados, dispone de seguidas que “las materias objeto de competencias concurrentes serán reguladas mediante leyes de base dictadas por el Poder Nacional, y leyes de desarrollo aprobadas por los Estados. Esta legislación estará orientada por los principios de la interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad” (ver art. 165, encabezamiento).

La Constitución vigente ha dado entrada en materia de descentralización a la fórmula de las leyes de base y leyes de desarrollo –sostenida en el Derecho Administrativo español por el eminente jurista Eduardo García de Enterría-, que ha sido planteada como una técnica para resolver los conflictos de competencia entre los diversos niveles territoriales del Poder Público.

Tal como lo explica LINARES BENZO¹⁴, la técnica de leyes de base y leyes de desarrollo encuentra su justificación desde que sobre un mismo objeto recaen potestades legislativas distintas, y siendo estas por definición supremas, es necesario repartir el campo entre ambas: a la potestad legislativa nacional corresponderá la disciplina de lo básico y a la estatal el desarrollo de esas bases. Para ello, LINARES considera necesario acudir al Derecho comparado; y sigue el brillante criterio de GARCÍA DE ENTERRÍA sobre la materia¹⁵.

¹³ Esta posición la asumimos con anterioridad a la Constitución vigente, al realizar el estudio cit. sobre los servicios públicos de transporte y vialidad (vid. **Servicio Público, Balance & Perspectiva** cit., pp. 325-327).

¹⁴ **Leyes Nacionales y Leyes Estadales...** ob. cit, p. 32.

¹⁵ La concurrencia normativa entre el Estado y las Comunidades Autónomas es resuelta por GARCÍA DE ENTERRÍA mediante la *normación básica y normación de desarrollo*. Se trata de una de las técnicas más relevantes del sistema autonómico, tanto por la significación misma de esa colaboración normativa entre los dos centros políticos, como porque (según acredita la experiencia de los sistemas federales -Alemania, Suiza, Austria- y regionales -Italia- donde se aplica un sistema análogo) es sobre esta técnica precisamente sobre la que se va actuar de manera predominante la competencia normativa autonómica. Lo característico del sistema radica en el concurso de los dos centros territoriales de poder para la regulación global de una misma materia, regulación global que ha de nutrirse, pues, con normas de las dos procedencias. Tiene, pues, un «carácter bifronte», no es ni «intracomunitaria» ni «extracomunitaria». El problema específico es cómo han de articularse esos dos frentes, articulación que se organiza sobre la atribución respectiva a los dos centros

Como diáfano lo expone LINARES BENZO, siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA, la esencia de la concurrencia normativa en lo básico y en el desarrollo se articula sobre cinco nociones básicas:

- 1o. *Corresponde a la normativa básica el establecimiento de la política nacional del sector, en tutela del interés general que corresponde al Poder Nacional, de acuerdo con el artículo 136, 2o, de la Constitución (de 1961, actualmente numeral 2 del art. 156), logrando un régimen unitario. (Omissis).*
- 2o. *La técnica de las bases pretende construir un común denominador normativo del sector de que se trate en todo el territorio nacional, sobre el cual los Estados podrán desarrollar las peculiaridades que les convengan. (Omissis).*
- 3o. *Esta unidad, que no uniformidad, impide que el Poder Nacional, al establecer las bases de un sector, lo regule pormenorizadamente. (Omissis).*
- 4o. *La conjunción de ambas normas debe producir un mismo sistema normativo, en el cual la regulación por cada nivel del Poder Público no sea contradictorio con la del otro. (Omissis).*
- 5o. *La norma de desarrollo no es un reglamento de la ley de bases, porque si así fuera no permitiera en realidad políticas que deban ejecutarse mediante ley. (Omissis)¹⁶.*

En conclusión, estimamos que la técnica de las leyes de base y de desarrollo servirá para solucionar algunos conflictos que se han originado en el proceso de descentralización en Venezuela. Piénsese, por ejemplo, en lo relativo al **servicio público de transporte**, el cual, según la Constitución de 1961, era de la competencia del Poder Nacional (art. 136, ord. 20), y era a su vez una

políticos de un contenido diverso de la regulación global de que se trata: al Estado lo «básico», a la Comunidad Autónoma el «desarrollo de tal regulación básica» (vide EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso cit.*, Tomo I, 7a. edic., pp. 287 a 289).

¹⁶ Vide LINARES BENZO, *Leyes Nacionales y Leyes Estadales...* ob. cit., pp. 42 y s. Los paréntesis son nuestros.



competencia concurrente con el Poder Municipal, y se previó además la desconcentración de esta materia a nivel estatal¹⁷ (art. 9 de la Ley de Descentralización). Según la Constitución de 1999, el transporte terrestre nacional es de la competencia del Poder Nacional (art. 156, numeral 26); luego dispone que es de la competencia exclusiva de los Estados la creación, régimen y organización de los servicios públicos estatales (art. 164, numeral 8); y más adelante establece que es de la competencia del Municipio el servicio de transporte público urbano de pasajeros (art. 178, numeral 2).

III. LA DESCONCENTRACIÓN MUNICIPAL EN TORNO A LA FIGURA DE LAS PARROQUIAS

Las **parroquias** aparecen previstas como **entidades locales** en la Ley Orgánica de Régimen Municipal (art. 13, ord. 3^o)¹⁸. A su vez, el art. 32 *eiusdem* dispone que las parroquias son demarcaciones de carácter local, dentro del territorio de un Municipio, **creadas con el objeto de descentralizar la administración municipal**, promover la participación ciudadana y la mejor prestación de los servicios públicos locales. Por consiguiente, a la luz de las citadas normas, pareciera que las parroquias son entidades que tienen por finalidad promover la descentralización municipal. Mas, la misma ley desvirtúa tal planteamiento, puesto que establece en su art.34 que las parroquias serán entes auxiliares de los órganos del gobierno municipal y de participación local, a través de las cuales los vecinos colaborarán en la gestión de los asuntos comunitarios; y concluye en el art. 35 preceptuando que **las parroquias ejercerán las atribuciones que les sean delegadas por el órgano de gobierno municipal**, las cuales

¹⁷ El 2-9-93 se dictó el *Reglamento Parcial No. 5 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público en materia de Transporte, Tránsito Terrestre y Vigilancia de la Circulación a los Gobernadores de Estado* (Decreto No. 3.121, GO No. 35.289), en el cual se establece que por resolución del ministro de Transporte y Comunicaciones se podrán encomendar una serie de competencias en las materias antes indicadas (ver art. 1^o). Cfr. *Informe sobre la Descentralización en Venezuela 1993*, Memoria del Dr. Allan R. Brewer-Carías, Ministro de Estado para la Descentralización (junio 1993-febrero 1994), Editorial Arte, Caracas, 1994, pp. 108, 109, 909 a 915.

¹⁸ Al respecto, indica Brewer-Carías que “la Ley Orgánica de 1989, además de haber regulado al Municipio como entidad local básica y de haber previsto entidades locales supramunicipales, también reguló como entidad local por debajo del Municipio, a las Parroquias, completando así la posibilidad de un sistema escalonado de gobierno local conforme a la propuesta de reforma que formulamos en 1984 (véase la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Régimen Municipal en Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Público*, Tomo II -labor en el Senado 1983-, pp. 245 y sigs.)”. Vide *Ley Orgánica de Régimen Municipal 1989*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, pp. 39-40.

podrán tener carácter de gestión, consultivo y de evaluación. Esto es, según la Ley Orgánica de Régimen Municipal el verdadero objeto de las parroquias es el de auxiliar al gobierno municipal a través de la delegación de funciones¹⁹. Por lo que no puede hablarse –en puridad de términos- de descentralización de la administración municipal, puesto que las parroquias no tienen atribuida personalidad jurídica y porque la figura que previó la ley para que las parroquias auxiliaran al gobierno municipal fue la de la delegación.

Ahora bien, la Constitución de 1999 ha incluido el régimen de las parroquias al regular el Poder Público Municipal, y en tal sentido establece en su art.173 lo siguiente: “El Municipio podrá crear parroquias conforme a las condiciones que determine la ley. La legislación que se dicte para desarrollar los principios constitucionales sobre régimen municipal establecerá los supuestos y condiciones para la creación de otras entidades locales dentro del territorio municipal, así como los recursos de que dispondrán, concatenados a las funciones que se les asignen, incluso su participación en los ingresos propios del Municipio. Su creación atenderá a la iniciativa vecinal o comunitaria, **con el objeto de promover a la desconcentración de la administración del Municipio**, la participación ciudadana y la mejor prestación de los servicios públicos. En ningún caso las parroquias serán asumidas como divisiones exhaustivas o imperativas del territorio del Municipio” (el resaltado es nuestro).

Como se ve, la nueva Constitución contempla la figura de la desconcentración administrativa en cuanto a la finalidad de las parroquias con respecto al gobierno municipal. En este caso, el carácter de las parroquias dejaría de ser el de una simple entidad auxiliar del gobierno municipal que actúa bajo delegación, para ser ascendida de nivel y -según las normas que se establezcan en la ley que desarrolle la citada disposición constitucional- podrán actuar con las propias atribuciones que le sean conferidas, a través de la desconcentración, aun cuando jerárquicamente estén supeditadas al gobierno municipal. Estimamos que las parroquias han sido ascendidas como entidades locales, ya que mediante la figura que previó la Ley Orgánica de Régimen Municipal, las parroquias sólo ejercían, como delegatarias, atribuciones que seguían perteneciendo al gobierno municipal (al órgano delegante).

¹⁹ El citado art. 35 prevé que la delegación podrá hacerse para todas las Parroquias o sólo para algunas de ellas y deberá contener las siguientes determinaciones:
a) La naturaleza de las funciones específicas que les sean delegadas;
b) Órgano de la administración municipal que ejercerá la supervisión de las funciones delegadas; y
c) Recursos humanos y materiales que se asignan a la Parroquia. La delegación irá acompañada de los medios necesarios para su eficaz ejecución, cuando así se requiera.



Por consiguiente, las parroquias han de tener atribuciones conferidas de manera regular y permanente, para así promover efectivamente la desconcentración de la administración del Municipio²⁰.

IV. LA DELEGACIÓN DE ATRIBUCIONES Y DE FIRMAS, A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA

En lo atinente a la figura de la delegación, la jurisprudencia nacional ha ido delineando su alcance y en tal sentido ha distinguido la delegación de atribuciones y la delegación de firmas. Cabe resaltar que es la delegación de atribuciones – o delegación de competencias- la figura considerada como una técnica de desviación de competencias, como a continuación se expone.

a) La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Dispone el artículo 88 de esta ley que “ningún órgano podrá resolver, por delegación, los recursos intentados contra sus propias decisiones”. Al respecto, ha sostenido la jurisprudencia lo siguiente:

La norma citada contempla una prohibición que opera en un doble sentido: Trátase de una prohibición dirigida al órgano delegante (máxima autoridad administrativa), por cuyo intermedio le queda vedada la posibilidad de habilitar a un órgano inferior, para decidir los recursos jerárquicos que se interpongan contra sus propias decisiones. De otro lado, prohíbe a los órganos inferiores resolver –aun cuando hubieren sido facultados para ello- los recursos jerárquicos interpuestos contra las decisiones emanadas de sí mismo.

Ahora bien, de las palabras utilizadas por el legislador, queda claro que la prohibición contenida en el artículo 88 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos se refiere a la llamada delegación de atribuciones, que no a los supuestos de delegación de firmas. En efecto, el término “resolver” supone – según el Diccionario de la Real Academia Española- la facultad para “tomar determinación fija y decisiva”. Ahora bien, para dotar a un órgano inferior de semejante cualidad, es menester acudir a la delegación de atribuciones, resultando verdaderamente insuficiente una simple delegación de firmas. Ciertamente, ***la doctrina más autorizada es conteste en señalar que la delegación de***

²⁰ Sobre las diferencias entre desconcentración, descentralización y delegación, cfr. José Roberto Dromi, **Manual de derecho administrativo**, tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 418 y 419.

atribuciones (delegación de competencias, en los términos de algunos autores) es una técnica de desviación de competencias, autorizada por ley, en virtud de la cual “un órgano determinado –delegante- se desprende de una parte de la competencia que tiene atribuida y la transfiere a otro órgano –delegatario-, al cual esa competencia no le había sido asignada (vid. Escola, Héctor Jorge, *Compendio de Derecho Administrativo*, vol. I, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1984, pág. 1.275) (entre guiones de la Sala). Se trata pues, la delegación de atribuciones, de un mecanismo –permitido por la ley- por cuyo intermedio se dota al órgano recipiendario de la atribución delegada, de verdaderas facultades decisivas, las cuales, en lo adelante, y mientras dure la delegación, serán ejercidas exclusivamente –salvo expresa reserva en el acto de delegación- por el órgano delegatario.

Distinto es lo que ocurre con la llamada “delegación de firma”, toda vez que la única facultad susceptible de ser trasladada mediante esa figura es de naturaleza meramente instrumental y se concreta, según la ley, en “la firma de documentos” (artículo 20, numeral 25, de la Ley Orgánica de Administración Central²¹).

Queda claro entonces, que *el órgano habilitado para firmar determinados documentos no puede “tomar determinación fija y decisiva” sobre asunto alguno, antes bien, la delegación de firmas sólo le habilita para firmar determinados documentos que, en todo caso, se entienden emitidos por el órgano delegante*²².

Por otra parte, hay que destacar que la jurisprudencia ha considerado, en cuanto al caso de que sólo exista delegación de firmas y el delegatario proceda a tomar una decisión en el asunto para el cual sólo estaba autorizado a firmar, que allí existe el **vicio de incompetencia manifiesta en el acto administrativo**, por lo que debe ser anulado de manera absoluta²³.

²¹ Ver art. 23, numeral 22, del Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica de la Administración Central, Decreto No. 253, GO No. 36.775 del 30 de agosto de 1999.

²² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, del 18 de julio de 1995, con ponencia de la Magistrada Cecilia Sosa Gómez, en el juicio de Premium Blend & Company, S.A., en el expediente No. 8.618, sentencia No. 541, tomada de Oscar R. Pierre Tapia, **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia**, julio 1995, volumen 7, pp. 177-181).

²³ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, del 25 de abril de 1985, con ponencia del Magistrado Román J. Duque Corredor; vide Caterina Balasso Tejera, **Jurisprudencia sobre los Actos Administrativos (1980-1993)**, Editorial Jurídica Venezolana, p. 403.



b) *La constancia de la delegación en el acto administrativo dictado por el delegatario.*

A su vez, ha estimado la jurisprudencia que el funcionario que resuelva asuntos o recursos para los cuales tenga atribuida competencia debe comprobar que está habilitado o autorizado para actuar por delegación, y en tal sentido debe indicar en el acto administrativo que está emitiendo que actúa por delegación de un funcionario de jerarquía superior (el delegante). En caso de que tal delegación no sea comprobada al dictar el acto administrativo, se considera que tal acto es nulo absolutamente, por haber sido dictado por un funcionario manifiestamente incompetente, de conformidad con el numeral 4º del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos²⁴.

c) *La delegación de atribuciones constituye la verdadera y propia delegación, por lo que debe existir una norma que permita tal delegación.*

La jurisprudencia patria ha destacado que por el carácter de orden público que ostenta la materia relativa a la competencia del órgano autor del acto administrativo impugnado, es fundamental determinar si se trata de la figura de delegación de atribuciones o si existe una simple delegación de firmas que no comporta transferencia de facultades, con el fin de resolver si existe un vicio de incompetencia manifiesta que afecte de nulidad el acto. En este punto hay que alzaprimar el diáfano criterio expuesto por el Magistrado Gustavo Urdaneta Troconis, quien ha expresado sobre el aspecto en cuestión lo siguiente:

La diferenciación entre dos tipos de delegación es conocida en muchos sistemas positivos de Derecho Administrativo, aunque sus rasgos característicos precisos puedan variar. De acuerdo a la abundante jurisprudencia a que ha dado lugar el tema en Francia, por ejemplo, puede decirse que entre las dos existe en realidad una diferencia de naturaleza: mientras que la “delegación de poder” está dirigida a modificar el orden de las competencias, esto es, la manera como las mismas se encuentran distribuidas entre los órganos administrativos, en cambio, la “delegación de firma” sólo busca descargar al delegante de parte de sus tareas materiales (André de Laubadere, *Traité de Droit Administratif*, tomo I, LGDJ, París, 1976, p. 294).

²⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del 20 de junio de 1990, caso Radio Rochela C.A. vs República (Ministerio de Fomento), Magistrado Ponente Román J. Duque Corredor; cfr. Caterina Balasso Tejera, ob. cit., pp. 403-404.

Entre nosotros se ha venido delineando cada vez con mayor precisión la diferenciación conceptual entre la delegación de funciones o de atribuciones, por una parte, y la delegación de firmas, por la otra, a pesar de una deficiente y a veces sistemática regulación positiva sobre ambas figuras. Diversos rasgos diferenciales suelen ser puestos de relieve entre ellas, tales como lo que señala una connotada tratadista (Hildegard Rondón de Sansó, *Teoría General de la Actividad Administrativa*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, Caracas, 1981, pp. 114 y 115). Pero lo esencial es la caracterización conceptual que se ha podido hacer de una y de otra.

Así, la delegación de funciones o de atribuciones –denominada “delegación de poder”, en Francia- constituye una verdadera y propia delegación, en el sentido de que por su intermedio el órgano titular de una competencia, que lo es porque una norma así lo ha dispuesto, transfiere mediante un acto de carácter subjetivo su ejercicio a un órgano subalterno, de tal manera que éste puede lícitamente ejercitar dicha competencia, de la misma forma como antes sólo podía hacerlo su superior jerárquico. **Por tratarse de un auténtico mecanismo de desviación de la competencia, esta delegación sólo puede producirse cuando una norma expresamente así lo permite.**

La delegación de firmas, en cambio, no es apta para transferir ninguna potestad de decidir; el delegatario de firma no adquiere competencia nueva alguna, puesto que el delegante continúa teniendo la titularidad y el ejercicio de todas sus competencias. Los actos para los que esta competencia es necesaria deben seguir siendo dictados por el superior delegante, en el sentido de que la correspondiente decisión ha de emanar de él mismo; lo único que podrá hacer el delegatario es realizar la actividad material de suscribir el documento en el que se exprese que el acto ha sido tomado por quien es competente. **Es por ello que la delegación de firmas, a pesar de tener ese nombre, no es una verdadera delegación²⁵.**

NOTA FINAL: Quiero agradecer a FUNEDA la gentil invitación que me han hecho para participar en estas prestigiosas jornadas internacionales de Derecho Administrativo, celebradas en honor del eminente jurista Allan Randolph Brewer-Carías; así mismo, quiero extender mi agradecimiento a la Dra. Belén Ramírez Landaeta, por su confianza y apoyo. Y, como siempre, *Laus Deo*. Valencia, 11 de marzo del 2000.

Abg. Rosibel Grisanti Belandria

²⁵ Ver criterio del Magistrado Urdaneta Troconis en voto salvado a sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, del 6 de julio de 1992, Magistrada ponente Belén Ramírez Landaeta; vid. Caterina Balasso Tejera, ob. cit., pp. 404-408.

LA COMPETENCIA SIN DESVIACIONES
(DESCENTRALIZACIÓN, DESCONCENTRACIÓN,
DELEGACIÓN)

LA COMPETENCIA SIN DESVIACIONES (DESCENTRALIZACIÓN, DESCONCENTRACIÓN, DELEGACIÓN)

José Valentin González

I. INTRODUCCIÓN

Como señala García de Enterría “...la teoría del acto administrativo está soportando un peso excesivo, el de intentar expresar en una suerte de célula básica, el microcosmos definitorio, la sustantividad y peculiaridad eterna del Derecho Administrativo”¹.

Así, al desarrollar un análisis de los principios de la descentralización y de la desconcentración y de la técnica de la delegación dentro del elemento subjetivo del acto administrativo, tenemos que hacer un gran esfuerzo para no desbordar el objeto de nuestro análisis, para no abandonar el campo de la teoría del acto administrativo y entrar en el complejo y fecundo terreno de la organización política y administrativa.

Por ello, hemos tratado de limitar esta breve exposición al análisis de las nociones de descentralización, desconcentración y delegación, así como a sus consecuencias jurídicas y las relaciones entre los entes u órganos centrales y los entes descentralizados o los órganos desconcentrados o subordinados.

Por otra parte, el análisis que se nos encomendó también tropieza con el obstáculo de una nueva Constitución, cuyo examen jurisprudencial y doctrinal apenas se inicia. Asimismo, el conjunto de decretos-leyes dictados recientemente por el Presidente de la República con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1999 y con fundamento en la última ley habilitante -entre los cuales destaca

¹ García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Civitas, Madrid 1989, quinta edición, p. 528.

la Reforma de la Ley Orgánica de la Administración Central- añade otros elementos de dificultad.

En efecto, en algunos de esos decretos-leyes se ha dado un tratamiento erróneo a las nociones de descentralización, desconcentración y delegación, lo que puede generar problemas de interpretación injustificables en el grado de evolución del Derecho Administrativo Venezolano².

Por ello, ante las múltiples novedades y ante la confusión reciente en el tratamiento de los temas cuyo análisis se nos ha encomendado, tenemos la obligación de ser prudentes, rescatando la sencillez y claridad de las nociones fundamentales y tratando de identificar aquellos problemas que van más allá de la confusión terminológica.

II. La Descentralización

2.1. *Noción*

En primer lugar, hay que señalar que la descentralización tiene un carácter *esencialmente* intersubjetivo. Estamos ante relaciones jurídicas que se establecen entre dos personas jurídica diferentes.

La definición de la descentralización puede efectuarse desde un enfoque estático o desde un enfoque dinámico³. En términos estáticos, la descentralización implica que además del ente central, en nuestro caso la República, existen otras personas jurídicas a quienes se les ha atribuido la titularidad de determinadas potestades públicas en forma *permanente*.

En términos dinámicos, la descentralización implica la transferencia o atribución de la *titularidad* de ciertas potestades públicas a entes distintos del ente central en forma *permanente*, o bien una disminución de los poderes

² Analícese el caso del artículo 50 del Decreto-Ley N° 369 que reforma la Ley Orgánica de la Administración Central, en la versión publicada en la Gaceta Oficial N° 36.775 del 30 de agosto de 1999, el cual confunde las nociones de descentralización y desconcentración. Afortunadamente, bajo la técnica de la reimpresión por error material se publicó una última versión del Decreto-Ley N° 369 que corrige varios errores de la versión inicial.

³ Entrena Cuesta, Rafael, Curso de Derecho Administrativo, Tecnos, Madrid 1983, octava edición ampliada edición, Volumen I/2, p. 16.



de tutela del ente central sobre el ente descentralizado. Hablamos de transferencia o atribución porque es posible que la potestad hubiera sido asignada originalmente al ente central y que luego se transfiera a un ente descentralizado, pero también puede suceder que la ley atribuya en forma originaria la potestad a un ente descentralizado.

Por otra parte, estimamos que también existe un supuesto de descentralización cuando la ley disminuye los poderes de tutela del ente central sobre el ente descentralizado. En este sentido, podríamos citar dos ejemplos hipotéticos: (i) la ley excluye del recurso jerárquico impropio o institucional preexistente, previsto en el artículo 96 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, a las decisiones de un ente descentralizado; (ii) la ley excluye o condiciona el poder del ente central de remover libremente a las máximas autoridades del ente descentralizado. En ambos casos, el poder de tutela del ente central resulta disminuido⁴.

En la Constitución de 1999, la descentralización como principio de organización política y administrativa y como política de estado ha alcanzado una significación inédita. Así, se define al Estado como descentralizado (art.4); se define al Gobierno venezolano como descentralizado (art.6); se establece la cláusula de descentralización sin limitarla a la transferencia de competencias de contenido administrativo, como se hacía en la Constitución de 1961 (art.157); se prevé la descentralización de competencias y servicios de los Estados a los Municipios (art.165); se prevé la descentralización de servicios de los Estados y Municipios a las comunidades y grupos vecinales organizados (art.184), entre otras disposiciones relativas a la descentralización.

Para el Constituyente, el propósito de la descentralización es profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando condiciones óptimas, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación más eficiente de los cometidos estatales (art.158).

2.2. Clasificación

La doctrina clasifica la descentralización en varias formas. No obstante, a los efectos de esta exposición, nos limitaremos a clasificar la descentralización según la naturaleza del ente descentralizado, en descentralización política y descentralización administrativa.

⁴

Idem.

En la descentralización política, el ente descentralizado tiene naturaleza territorial. Sobre las características de estos entes, García de Enterría y Fernández señalan que: (i) su poder se extiende sobre toda la población de su territorio, incluyendo los extranjeros; (ii) poseen universalidad de fines; (iii) detentan poderes públicos superiores, como el poder reglamentario (e incluso el poder legislativo en algunos casos), el poder expropiatorio, el poder tributario, la titularidad del dominio público; (iv) poseen el poder de determinar sus fines, calificar como pública una determinada necesidad, asumir nuevas actividades, crear entes administrativamente descentralizados⁵.

En la descentralización administrativa, el ente descentralizado tiene naturaleza no territorial, administrativa, instrumental. En efecto, sobre las características de estos entes, se señala: (i) sus poderes se limitan a determinados habitantes dentro de su ámbito territorial de actuación; (ii) los rige el principio de la especialidad de fines; (iii) no detentan poderes públicos superiores; (iv) se limitan a gestionar un servicio concreto, sin poder extender su ámbito material de actuación⁶.

A continuación, en base a estas dos categorías, analizaremos las consecuencias jurídicas de la descentralización.

2.3. Consecuencias jurídicas

2.3.1. La autonomía

La autonomía es el poder que detentan ciertos entes de dictar normas jurídicas que constituyen un ordenamiento jurídico menor cuya validez es reconocida por el ordenamiento jurídico general del Estado⁷.

a) La descentralización política

Con respecto a la descentralización política, en el caso venezolano, todos los entes descentralizados gozan de autonomía ya que pueden dictar leyes o actos de idéntica naturaleza que reciben otra denominación. En efecto, la Constitución lo prevé expresamente para los Estados (art.162), los Municipios (art.175) y el Distrito Capital (art.18).

⁵ García de Enterría y Fernández, *ob. cit.*, p. 386-387.

⁶ *Idem.*

⁷ Entrena Cuesta, *ob. cit.*, p. 33.



En este sentido, cabe señalar que la Constitución de 1999 abre nuevas posibilidades en la armonización del ordenamiento jurídico nacional y los ordenamientos estatales en el caso de las competencias concurrentes. En efecto, el artículo 165 de la Constitución establece que las materias objeto de competencias concurrentes serán reguladas mediante *leyes de base* dictadas por el Poder Nacional y *leyes de desarrollo* aprobadas por los Estados.

El esquema *leyes de base* y *leyes de desarrollo* que establece la Constitución de 1999 se corresponde con las *leyes básicas* españolas, dictadas con fundamento en el artículo 149.1 de la Constitución. A los efectos del estudio del derecho comparado, hay que tener presente que las *leyes de bases* previstas en el artículo 165 de la Constitución de 1999 no tienen nada que ver con las *leyes de base* previstas en el artículo 82.2 de la Constitución Española ya que ellas se refieren a un supuesto de delegación legislativa de la Cortes Generales al Gobierno⁸. Tampoco deben confundirse las *leyes de base* venezolanas con las *leyes marco* previstas en el artículo 150.1 de la Constitución Española ya que ellas no regulan un supuesto de competencias concurrentes sino de delegación legislativa de competencias exclusivas del Estado a las Comunidades Autónomas⁹.

En términos muy generales, podemos afirmar que corresponde a las *leyes de base* previstas en el artículo 157 de la Constitución de 1999, establecer un *común denominador normativo* en todo el territorio nacional a partir del cual los Estados puedan dictar *leyes de desarrollo* que, respetando la regulación básica, regule completamente la materia concurrente, respondiendo a las peculiaridades de cada realidad estatal¹⁰.

Por otra parte, la Constitución de 1999 contiene una categoría análoga a las *leyes de armonización* previstas en el artículo 150.3 de la Constitución. En efecto, el artículo 156(13) de la Constitución de 1999 establece que corresponde al Poder Nacional “*La legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias.*”

⁸ García de Enterría y Fernández, *ob. cit.* p. 312.

⁹ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1991, p. 599. Las leyes de base previstas en el artículo 82.2 de la Constitución Española se corresponden con la ley habilitante prevista en el último aparte del artículo 203 de la Constitución de 1999.

¹⁰ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid 1990, pp. 203-205.

No obstante, cabe señalar que las *leyes de armonización* españolas tienen carácter *excepcional*, mientras que en Venezuela la armonización tributaria tiene carácter ordinario y general por mandato constitucional¹¹.

Las leyes de armonización responden a principios similares a las leyes de base en cuanto a la relación con la legislación del ente descentralizado. No obstante, hay que tener presente que las leyes de armonización pueden afectar incluso las potestades exclusivas que la Constitución atribuye a los entes territoriales. Así, es una técnica que puede ser utilizada para limitar el libre ejercicio de la autonomía en las materias que son competencia exclusiva de esos entes¹².

Por último, queremos señalar debió regularse más exhaustivamente el contenido de la cláusula de descentralización prevista en el artículo 157 de la Constitución. Así, hubiera sido conveniente establecer que la transferencia de competencias de la República a los Estados y Municipios debía estar acompañada del establecimiento de principios, bases y directrices en la ley de transferencia, siguiendo el ejemplo de las *leyes marco* previstas en el artículo 150.1 de la Constitución Española.

b) La descentralización administrativa

En el caso de la descentralización administrativa, la tesis tradicional señalaba que los entes instrumentales no eran capaces de constituir su propio ordenamiento jurídico ya que sólo podían dictar normas *internas*¹³. No obstante, dentro del estudio de los ordenamientos jurídicos sectoriales, encontramos entes instrumentales que detentan un poder normativo *reglamentario* que trasciende el ámbito de las normas internas. Así, podemos invocar el ejemplo de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras dentro del ordenamiento jurídico sectorial bancario regulado por la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras.

Asimismo, cabe señalar que subsisten los entes instrumentales clásicos que no poseen autonomía ya que no encabezan ordenamiento jurídico sectorial alguno.

¹¹ *Ibidem*, p. 214.

¹² García de Enterría y Fernández, *ob. cit.* pp. 350-352.

¹³ Entrena Cuesta, *ob. cit.*, p. 33.



Por otra parte, cabe señalar que para distinguir la naturaleza de los actos normativos dictados por los entes descentralizados, un sector de la doctrina nacional prefiere hablar de autonomía primaria y autonomía secundaria. La autonomía primaria correspondería a los entes político-territoriales ya que pueden dictar actos normativos con rango y fuerza de ley, mientras la autonomía secundaria correspondería a los entes instrumentales que encabezan los ordenamientos jurídicos sectoriales, los cuales sólo pueden dictar actos normativos de rango sublegal¹⁴.

2.3.2. La autarquía

La autarquía es la potestad de dictar actos administrativos ejecutivos y ejecutorios¹⁵.

En principio, sólo gozan de autarquía los entes territoriales y los entes administrativamente descentralizados con forma de derecho público, lo que excluye a las sociedades de capital público, las asociaciones civiles y las fundaciones del estado, todas ellas organizadas fundamentalmente bajo un régimen de derecho común.

2.3.3. La democracia

La democracia es la posibilidad que tienen los sujetos que integran el sustrato personal de un ente público de elegir las autoridades de ese ente¹⁶.

En Venezuela, en el caso de la descentralización política, todos los entes descentralizados gozan de la cualidad de la democracia, ya que la población de la República, los Estados, los Municipios y el Distrito Capital elige mediante sufragio universal, directo y secreto las máximas autoridades ejecutivas y legislativas de esos entes.

En el caso de la descentralización administrativa, evidentemente sólo puede hablarse de democracia en el caso de las corporaciones (*universitas personarum*) ya que sólo estos entes poseen un sustrato personal. Nos referimos a las universidades nacionales autónomas, los colegios

¹⁴ Peña Solís, Lineamientos de Derecho Administrativo, Volumen I, UCV, Caracas 1995, pp. 214-215.

¹⁵ Entrena Cuesta, *ob. cit.*, pp. 33-34.

¹⁶ *Idem.*

profesionales, las academias nacionales y las sociedades mercantiles creadas por ley. Con respecto a las instituciones (*universitas rerum*), es decir, los institutos autónomos y otras formas atípicas como el Banco Central de Venezuela y el Consejo Nacional Electoral, al carecer del sustrato personal, al no poseer miembros, lógicamente no puede hablarse de democracia.

2.3.3. La Tutela

La descentralización implica el ejercicio de algún tipo de control por parte del ente central sobre los entes descentralizados ya que de otra forma estaríamos ante una manifestación de soberanía.

En el caso de la descentralización política, el principio consiste en que la República no ejerce control alguno sobre los actos de los entes descentralizados. En este sentido, como manifestación de ese principio encontramos el último aparte del artículo 168 de la Constitución, el cual señala que “*Los actos de los Municipios no podrán ser impugnados sino ante los tribunales competentes, de conformidad con la Constitución y la ley*”. Sin embargo, aunque el control se asigne a un órgano legislativo, es importante resaltar que el artículo 150 de la Constitución exige que los contratos de interés público estatales y municipales sean aprobados por la Asamblea Nacional.

En el caso de la descentralización administrativa, son múltiples los mecanismos de control que pueden ejercer los órganos ejecutivos de la República sobre los entes descentralizados.

Así, con respecto al control previo sobre los actos, la ley puede condicionar la validez o eficacia del acto del ente descentralizado a la autorización o aprobación del órgano central. Por ejemplo, el instituto autónomo Corporación Venezolana de Guayana requiere la autorización del Presidente de la República en Consejo de Ministros para suscribir y enajenar acciones en sociedades mercantiles, de conformidad con el artículo 7° del Estatuto Orgánico del Desarrollo de Guayana.

Con respecto al control posterior sobre los actos, la ley puede prever la revisión oficiosa de la legalidad o la oportunidad de los actos del ente descentralizado, o bien un mecanismo recursivo como sucede con el recurso jerárquico impropio o institucional previsto en el artículo 96 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.



Por otra parte, con respecto al control sobre los funcionarios, normalmente un órgano del ente central esté habilitado para remover a los funcionarios de mayor jerarquía del ente descentralizado, aunque la tendencia es condicionar esa potestad a la verificación de motivos taxativos, como sucede en el caso del Presidente y los Directores del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo, de conformidad con el artículo art.50 de la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo.

II. La Desconcentración

2.1. *Noción*

En primer lugar, hay que señalar que la desconcentración tiene un carácter *esencialmente* interorgánico. Estamos ante relaciones jurídicas que se establecen entre órganos de una misma persona jurídica.

Al igual que la descentralización, la definición de la desconcentración puede efectuarse desde un enfoque estático o desde un enfoque dinámico. En términos estáticos, analizando una determinada estructura administrativa, la desconcentración implica que además del jerarca, existen varios órganos administrativos a quienes se les ha atribuido la titularidad de determinadas potestades administrativas.

En términos dinámicos, la desconcentración implica la transferencia o atribución de la *titularidad* de ciertas potestades administrativas a un órgano subordinado dentro de una dependencia administrativa, o bien una disminución del grado de subordinación del órgano inferior con respecto a órganos superiores. En efecto, hablamos de transferencia o atribución porque es posible que la potestad hubiera sido asignada originalmente al órgano superior y que luego se transfiera al órgano inferior, pero también puede suceder que la ley atribuya en forma originaria la potestad al órgano inferior, como sucedió en el caso de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia¹⁷. Por otra parte, siguiendo un sector de la doctrina española, estimamos que también existe un supuesto de desconcentración cuando la ley excluye el recurso jerárquico existente contra las decisiones de un órgano inferior¹⁸.

¹⁷ Cf. Ley para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

¹⁸ Entrena Cuesta, *ob. cit.* p. 20-21.

La desconcentración se efectúa siempre con relación al órgano inferior y no a su titular, por lo que se afirma que tiene un carácter *abstracto*. Asimismo, cabe señalar que la desconcentración es una distribución de competencias de carácter *permanente*¹⁹.

2.2. Clasificación

La doctrina clasifica la desconcentración en varias formas. No obstante, a los efectos de esta exposición, nos limitaremos a tres criterios de clasificación: (i) según el acto que efectúe la desconcentración: desconcentración legal y desconcentración reglamentaria; (ii) según el criterio de la delegación: desconcentración funcional y desconcentración territorial; (iii) según la dependencia jerárquica: desconcentración que preserva la relación de jerarquía y desconcentración que excluye la relación de jerarquía.

a) Desconcentración legal y desconcentración reglamentaria

En la desconcentración legal, la transferencia de la potestad o su atribución al órgano inferior es efectuada directamente por la ley. Al respecto, pueden citarse múltiples ejemplos, la Ley de Promoción y Protección de la Libre Competencia y la Superintendencia para la Promoción de la Libre Competencia del Ministerio de la Producción y el Comercio; la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros y la Superintendencia de Seguros del Ministerio de Finanzas; entre otros.

Por otra parte, con respecto a la desconcentración reglamentaria, según el artículo 37(27) de la LOAC, corresponde al Presidente de la República dictar los Reglamentos Orgánicos de los ministerios, instrumentos mediante los cuales se distribuye en forma abstracta las competencias asignadas por la LOAC a cada ministerio, entre sus diversos órganos, lo que constituye un supuesto de desconcentración reglamentaria.

Así, si bien cuando la ley no atribuye expresamente una potestad administrativa a un órgano determinado, sino genéricamente a un ministerio, se presume que la atribución le corresponde al jerarca, es decir el Ministro²⁰.

¹⁹ Los artículos 47 y 48 del novísimo Decreto-Ley N° 368 sobre Simplificación de Trámites Administrativos señalan que mediante la desconcentración: (i) el jerarca debe concentrarse en las actividades de planeamiento, supervisión, coordinación y control de políticas públicas; (ii) deben transferirse competencias decisorias y funciones de ejecución a los órganos inferiores, tanto por razones funcionales o territoriales.

²⁰ Brewer Carías, Allan R, Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana, EJV, Caracas 1994, p. 66.



No obstante, si ya se ha dictado el Reglamento Orgánico correspondiente, concretándose la desconcentración reglamentaria, es necesario examinar las competencias genéricas asignadas a cada órgano del ministerio, para determinar a qué órgano le corresponde el ejercicio de la referida potestad administrativa.

b) Desconcentración funcional y desconcentración territorial

La desconcentración puede fundamentarse en criterios de especialización material. Así, se atribuye o transfiere la titularidad de la potestad a un órgano inferior especializado que tiene un ámbito territorial de actuación igual a los órganos superiores correspondientes. Por ejemplo, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, órgano especializado que tiene un ámbito nacional de actuación al igual que los órganos superiores del Ministerio de la Producción y el Comercio. En ese caso, estamos ante un supuesto de *desconcentración funcional*.

Por otra parte, la desconcentración puede fundamentarse en criterios de territorialidad. Así, se atribuye o transfiere la titularidad de la potestad a un órgano inferior que tiene un ámbito territorial de actuación menor con relación a los órganos superiores correspondientes. En este sentido, cabe señalar que la desconcentración territorial ha sido recogida expresamente en el artículo 69 de la Ley Orgánica de la Administración Central al establecer que “*Los órganos de la Administración Central podrán crear dependencias desconcentradas para que ejerzan las atribuciones de aquellos en un determinado ámbito espacial...*”.

c) Desconcentración que preserva la relación de jerarquía y desconcentración que excluye la relación de jerarquía

En primer lugar, es necesario señalar que un sector de la doctrina exige que la transferencia o atribución de competencias al órgano inferior se haga de forma *exclusiva*. En otras palabras, para ese sector sólo constituye un supuesto de desconcentración, la desconcentración que excluye la relación de jerarquía²¹. En nuestro caso, siguiendo a BREWER CARÍAS hemos adoptado una posición diferente.

²¹ Dromi, José Roberto, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires 1983, segunda reimpresión, pp. 444-454.

En algunos casos, la desconcentración legal no excluye el recurso jerárquico contra los actos del órgano inferior. Podemos señalar como ejemplo el caso de la Superintendencia de Seguros del Ministerio de Finanzas, regulada por la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros. En el caso de la desconcentración reglamentaria, nunca se excluye el recurso jerárquico. En ambos casos, estamos ante un supuesto de desconcentración que preserva la relación de jerarquía.

Por otra parte, en algunos casos, la desconcentración legal excluye el recurso jerárquico contra los actos del órgano inferior. Es el caso de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia del Ministerio de la Producción y el Comercio. En ese caso, estamos ante un supuesto de desconcentración que excluye la relación de jerarquía.

3.3. *Relaciones entre el jerarca y el órgano inferior*

Las relaciones entre el jerarca y el órgano inferior con respecto a las potestades transferidas dependen de si estamos ante una desconcentración que preserva la relación de jerarquía o ante una desconcentración que excluye la relación de jerarquía.

En el primer caso, el jerarca puede influir en el ejercicio de dicha potestad por parte del órgano inferior. Así, a través de una *orden de servicio* u *orden jerárquica*, el jerarca puede instruir, con carácter vinculante, al órgano inferior acerca del ejercicio de la potestad delegada en un caso concreto²².

Por otra parte, el jerarca puede ejercer las potestades de revisión de oficio que le confieren los artículos 81, 82, 83 y 84 de la LOPA, para examinar la legalidad de las actuaciones realizadas por el órgano inferior con fundamento en la delegación, lo que le permitiría convalidar, revocar, anular, corregir errores materiales o de cálculo o modificar dichas actuaciones.

En el segundo caso, estamos ante un supuesto que la legislación y la doctrina nacional ha denominado *autonomía funcional*²³. Aquí, el jerarca no puede ejercer ninguno de los poderes que señalamos anteriormente. No obstante,

²² Rondón de Sansó, Hildegard, *Teoría General de la Actividad Administrativa*, EJV, segunda edición, Caracas, 1986, p. 284.

²³ Brewer Carías, *ob. cit.* pp. 80-81.



el jerarca preserva un poder de dirección sobre la actuación del órgano inferior ya que las potestades de éste siguen enmarcadas dentro del ámbito de responsabilidades políticas o administrativas del jerarca, el cual se manifiesta a través de la técnica de las directrices.

Las directrices son actos del órgano superior mediante los cuales se proponen a los órganos inferiores determinados objetivos, dejando a éstos una amplia discrecionalidad para la adopción de los medios pertinentes²⁴. Según un sector de la doctrina, la directriz puede ser desatendida si el órgano inferior da un motivo fundado²⁵.

IV. La Delegación

4.1. *Noción*

Dentro de los mecanismos de desviación de la competencia, la doctrina venezolana, con escasas excepciones, sólo se ocupa de la delegación interorgánica, la cual denominada “*delegación de atribuciones*”²⁶. No obstante, en Venezuela ya existen manifestaciones legislativas de delegación intersubjetiva, por lo que es necesario hacer referencia a ambas manifestaciones de desviación de la competencia.

Sin embargo, dado que ambas manifestaciones están inspiradas por los mismos principios, es necesario efectuar una referencia a los mismos antes de analizar las relaciones entre delegantes y delegatarios, tal como lo hicimos en los casos de la descentralización y la desconcentración.

4.2. *Principios*

La delegación requiere necesariamente un texto legal expreso que la prevea. En efecto, dado que se está alterando el régimen de la competencia previsto en la ley, es necesario que un acto del mismo rango habilite su modificación²⁷. Asimismo, la tesis de la vinculación positiva del principio de la legalidad administrativa recogida en el artículo 3° de la Ley Orgánica de la Administración Central no deja lugar a dudas. Por consiguiente, no

²⁴ García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *ob. cit.*, pp. 342-343.

²⁵ Rondón de Sansó, *ob. cit.*, p. 297.

²⁶ Brewer Carías, Allan R., *ob. cit.*, p. 57 y ss. Por el contrario, se reconoce expresamente la existencia de la delegación intersubjetiva en la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 18 de octubre de 1994, en el caso de Alcasa contra la República.

²⁷ *Ibidem*, p. 67.

compartimos la tesis de que la potestad de delegar sea, en el caso de la delegación interorgánica, un poder implícito del jerarca.

Según la doctrina mayoritaria, la delegación es una *transferencia del ejercicio* de una potestad administrativa. Así, según la jurisprudencia nacional, no se opera una transferencia de la titularidad de la potestad, lo que implica que los actos dictados con fundamento en la delegación deben imputarse al titular de dicha potestad, al menos a los efectos del régimen recursivo administrativo y judicial²⁸.

No obstante, contrariando tal criterio, en el caso de la delegación interorgánica, la nueva Ley Orgánica de la Administración Central ha acogido la solución contraria. En efecto, el artículo 61 de dicha ley señala que los actos dictados en virtud de la delegación se consideran emanados del órgano delegado.

La delegación es una transferencia esencialmente *temporal* del ejercicio de la potestad. No obstante, la doctrina acepta que la delegación es *indefinida* en el tiempo, sin menoscabo que el acto de delegación la someta a término o condición. Asimismo, cabe señalar que mientras no se haya revocado la delegación, el titular de la potestad no puede ejercerla, ya que ocurre un supuesto de *desapoderamiento*²⁹.

La delegación es esencialmente *revocable*, lo que deriva de su carácter temporal. Así, para restituir al titular de la potestad su ejercicio, deberán seguirse el trámite indicado por la ley, o en su defecto, el mismo trámite cumplido para efectuar la delegación, en base al principio del “*paralelismo de las formas*”³⁰.

4.3. La Delegación Interorgánica o Delegación de Atribuciones

La delegación interorgánica o delegación de atribuciones consiste en la transferencia unilateral del ejercicio de una potestad administrativa de un órgano superior a un órgano inferior dentro de una misma persona jurídica.

²⁸ Sentencia de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia del 22 de julio de 1993 en el caso de Lourdes Alicia Vargas de Trujillo. En contra, Brewer Carías, *ob. cit.* p. 60 y Rondón de Sansó, *ob. cit.*, p. 115.

²⁹ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, p. 384.

³⁰ Peña Solís, *ob. cit.* pp. 138-139.



a) La Regulación de la delegación interorgánica

En el ámbito de la Administración Nacional Central, la delegación interorgánica está regulada en los artículos 37(26), 60, 61, 62 y 63 de la Ley Orgánica de la Administración Central. Con respecto a la Administración Nacional Descentralizada, no existe una regulación general que regule la materia, por lo que habrá que recurrir a la normativa de cada ente descentralizado para determinar la posibilidad de delegar atribuciones.

El artículo 37(26) de la Ley Orgánica de la Administración Central establece que son competencias comunes de los Ministros con Despacho, el delegar competencias de conformidad con las previsiones legales y reglamentarias. Así, los Ministros sin Despacho o Ministros de Estado no son titulares de la potestad delegatoria.

Según el artículo 60 de la Ley Orgánica de la Administración Central, los Ministros sólo podrán delegar las competencias que les sean atribuidas por ley, en los Vice Ministros. Asimismo, con respecto a las competencias que les sean atribuidas por la ley, los Vice Ministros pueden delegarlas en los Directores Generales, en los Directores y en los Jefes de División.

Por otra parte, como señalamos anteriormente, el artículo 61 de la Ley Orgánica de la Administración Central establece que los actos dictados en ejecución de la delegación deben imputarse al órgano delegado. Sin lugar a dudas, esta disposición entorpece gravemente el ejercicio del derecho de los interesados a ejercer los recursos administrativos y judiciales pertinentes ya que mediante la delegación se está creando una instancia adicional en sede administrativa, obligando a ejercer tanto el recurso de reconsideración como el recurso jerárquico previstos en los artículos 94 y 95 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, antes de acceder a la vía judicial.

Asimismo, el artículo 62 de la Ley Orgánica de la Administración Central señala expresamente que no podrán delegarse las siguientes competencias: (i) las que impliquen dictar actos normativos; (ii) las que fueren asignadas por delegación; en otras palabras, se prohíbe la subdelegación; (iii) las que por su naturaleza o por mandato, constitucional, legal o reglamentario no sean susceptibles de delegación. En este último caso, podría citarse como ejemplo, la potestad del Ministro de proponer al Presidente de la República el nombramiento de los Vice Ministros, prevista en el artículo 55 de la Ley Orgánica de la Administración Central. Evidentemente, por su naturaleza,

esta potestad no podría ser delegada por un Ministro en un Vice Ministro ya que atentaría contra el principio de jerarquía de la organización ministerial.

Por último, el artículo 63 de la Ley Orgánica de la Administración Central establece que el acto delegatorio debe publicarse en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela y que se “*deberá identificar al titular del órgano delegado*”. De esta forma, la práctica de delegar atribuciones en forma abstracta en un órgano subordinado se convierte en ilegal, lo que estimamos muy positivo, ya que en ciertos casos se utilizaba el mecanismo de la delegación interorgánica cuando el propósito organizacional se identificaba con un supuesto de desconcentración.

b) Las relaciones entre el delegante y delegado con relación a las potestades delegadas

En principio, entre el órgano delegante y el órgano delegado existe una relación de jerarquía. Por consiguiente, aunque el órgano delegante se ha desapoderado del ejercicio de la potestad delegada, en su condición de jerarca puede influir en el ejercicio de dicha potestad por parte del órgano delegado.

Así, a través de una *orden de servicio* u *orden jerárquica*, el órgano delegado puede instruir, con carácter vinculante, al órgano delegado acerca del ejercicio de la potestad delegada en un caso concreto³¹.

Por otra parte, el órgano delegante puede ejercer las potestades de revisión de oficio que le confieren los artículos 81, 82, 83 y 84 de la LOPA, para examinar la legalidad de las actuaciones realizadas por el órgano delegado con fundamento en la delegación, lo que le permitiría convalidar, revocar, anular, corregir errores materiales o de cálculo o modificar dichas actuaciones.

4.4. La delegación intersubjetiva

En Venezuela no existe una regulación general de la delegación intersubjetiva y su tratamiento doctrinario es muy limitado. Por ello, partiremos de las características específicas señaladas por la doctrina y analizaremos un caso de delegación intersubjetiva en la legislación nacional. En todo caso, definimos la delegación intersubjetiva como la transferencia del ejercicio de una potestad administrativa de un órgano de una persona jurídica a otra.

³¹ Rondón de Sansó, *ob. cit.*, p. 284.



Según la doctrina nacional, dado que no existe una relación de jerarquía se requiere un acuerdo previo entre el ente delegante y el ente delegado para concretar la delegación. Asimismo, en dicho acuerdo deben plasmarse los mecanismos de control que ejercerá el delegante sobre el delegado y deben regularse los supuestos de revocación de la delegación³². No obstante, debemos señalar que en dicho acuerdo no podría establecerse ningún recurso administrativo, ya que la materia de procedimientos está amparada por la reserva legal, de conformidad con el artículo 156(32) de la Constitución.

En la legislación nacional encontramos un caso muy ilustrativo de delegación intersubjetiva en la Ley de Tránsito Terrestre, cuyo artículo 7° señala:

“El Ministerio de Transporte y Comunicaciones (ahora Ministerio de Infraestructura) preservando la condición de Registro Nacional de Vehículos y estableciendo las condiciones técnicas y legales aplicables, podrá delegar en los Estados y Municipios los trámites para la inscripción y renovación de los vehículos en el Registro Nacional de Vehículos. Cuando por razones inherentes al funcionamiento del Registro nacional de Vehículos el Ministerio de Transporte y Comunicaciones lo considere necesario, podrá rescindir o revocar las delegaciones que hubiere convenido con los Estados o Municipios.” (texto entre paréntesis y subrayado agregado)

En este caso, puede apreciarse el carácter intersubjetivo de la delegación, ya que el delegante es el Ministerio de Infraestructura, dependencia de la República, mientras los delegados son personas jurídicas diferentes, los Estados y los Municipios. Asimismo, puede apreciarse que la República no puede imponerle a los Estados y Municipios la delegación, ya que es necesario efectuar un convenio. No obstante, separándose de los señalamientos de la doctrina nacional, observamos como la República puede rescindir o revocar unilateralmente la delegación.

En este mismo sentido, estimamos que cuando el artículo 7° de la Ley de Tránsito Terrestre señala que el Ministerio de Infraestructura debe establecer “*las condiciones técnicas y legales aplicables*” está habilitando al órgano delegante para reglamentar en forma unilateral los controles que se aplicarán a la delegación.

³² Peña Solís, *ob. cit.* pp., 160-164.

Por otra parte, cabe señalar que el artículo 8° de la Ley de Tránsito Terrestre también prevé un supuesto de delegación intersubjetiva en particulares, con respecto a trámites y servicios del Registro Nacional de Vehículos, de Conductores y de Estacionamientos.

Por último, en relación a la delegación intersubjetiva sólo nos queda señalar la necesidad de una regulación general que permita su utilización en aquellos casos en que lo requieran las necesidades de la Administración Pública.

V. Conclusión

Por último, a efectos didácticos expondremos las semejanzas y diferencias fundamentales entre la descentralización, la desconcentración y la delegación.

5.1. Semejanzas

La descentralización y la desconcentración tienen como nota común que implican una distribución o transferencia permanente de la titularidad de potestades públicas. Entre la descentralización y la delegación, la única semejanza radicaría en el carácter intersubjetivo cuando se trate de una delegación de esa naturaleza.

Entre la desconcentración y la delegación, la única nota común radicaría en el carácter interorgánico cuando se trate de una delegación de ese tipo.

5.2. Diferencias

La descentralización se diferencia de la desconcentración en que la primera es esencialmente *intersubjetiva*, mientras la segunda es esencialmente *interorgánica*. Por otra parte, la descentralización se diferencia de la delegación en que la primera implica una distribución o transferencia *permanente* de la *titularidad* de potestades públicas, mientras que la delegación constituye una transferencia *temporal* del *ejercicio* de dichas potestades.

La desconcentración se diferencia de la delegación en que la primera implica una distribución o transferencia *permanente* de la *titularidad* de potestades públicas, mientras la segunda es una transferencia *temporal* del ejercicio de esas potestades.

INCOMPETENCIA MANIFIESTA
Y OTRAS FORMAS DE INCOMPETENCIA

INCOMPETENCIA MANIFIESTA Y OTRAS FORMAS DE INCOMPETENCIA

Beatrice Sansó de Ramírez

Nos ha sido asignado el tema de la Incompetencia Manifiesta y otras Formas de Incompetencia, el cual desarrollaremos a través del análisis de los siguientes puntos:

- 1.- La Competencia como elemento pre-existente del acto administrativo. Concepto de Potestad. Concepto de Competencia.
- 2.- Filosofía de la noción de Competencia. Fundamento de la Competencia. Origen de la noción de Competencia: Predeterminación legal o sub-legal.
- 3.- La competencia originaria y las derogaciones de la competencia.
- 4.- Distintos ámbitos de la Competencia: Material, Territorial, Temporal, por el Grado.
- 5.- La Competencia desde un ángulo negativo: La Incompetencia.
- 6.- La Incompetencia Manifiesta: Concepto. Tesis relativas al término "Manifiesta". Consecuencias.

Los vicios de los actos administrativos. Los efectos de los vicios de los actos administrativos: la nulidad absoluta y la nulidad relativa. La Incompetencia como vicio del acto administrativo.

- 7.- Conclusiones propias.

1.- LA COMPETENCIA COMO ELEMENTO PREEXISTENTE DEL ACTO MISMO.

Determinar la competencia de un órgano administrativo implica establecer lo que podrá jurídicamente hacer dicho órgano y en qué condiciones (tiempo, lugar y forma), para que su manifestación de voluntad tenga valor jurídico y esté dotada de **Imperatividad**.

Así, la competencia está constituida por la esfera de la actuación de cada órgano¹. Se trata del ejercicio de la potestad en un ámbito determinado. Es la medida de la potestad de la actuación atribuida a cada órgano, o lo que es lo mismo, como lo señala Giannini citando a Sandulli, está constituida por la medida de la atribución².

Por su parte, la potestad ha sido definida como la carga (derecho-deber) de la que está dotada la Administración en virtud del Principio de Supremacía de la misma, es decir, aquel en razón del cual no existe paridad de condiciones entre la Administración y los administrados, justamente como consecuencia de las *potestades* atribuidas a la primera.

Dichas cargas públicas obligan y facultan a la Administración, al mismo tiempo, para dictar ciertos actos capaces de incidir sobre la esfera jurídica subjetiva de los administrados.

El concepto de competencia se inserta dentro del Derecho Público a través de la aplicación del Principio de Legalidad, el cual aquí se presenta con toda su rigidez, ordenándole al órgano que haga sólo aquello para lo cual está facultado, bien por norma expresa o bien por un margen libre de apreciación que ha de acordarle igualmente una disposición expresa³, y también muy especialmente en virtud del afianzamiento del Principio de División de los Poderes, en el que entes diferentes al Estado Absoluto son dotados cada uno de atribuciones distintas y propias.

¹ RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: "Teoría General de la Actividad Administrativa. Organización. Actos internos". Pág. 11. Librería Alvaro-Nora. Caracas-1196.

² Giannini, Massimo Severo: "Diritto Amministrativo. Volume Primo." Pág. 623. Ciuffré Editore, S.A. Roma-1985. Italia.

³ "El Principio de la Competencia es una manifestación concreta del Principio de Legalidad". Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. 12-08-93. Caso: Nereo Márquez. Magistrado Ponente: Belén ramírez Landaeta. Revista de derecho Público N° 55/56, Pág. 212.



El desarrollo del concepto de acto administrativo, es decir “*la manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos*”⁴ o mejor “*las conductas y las abstenciones capaces de producir efectos jurídicos y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia*”⁵ dotado además de **imperatividad** y **autotutela**, exige la determinación de sus elementos, dentro de cuyas clasificaciones encontramos a la competencia.

Así, el acto administrativo, según señala Giannini, está constituido por elementos subjetivos y elementos objetivos⁶. Los primeros son aquellos inherentes a la voluntad del órgano que lo dicta y a los motivos; los segundos, son el resto de ellos, excluyendo la voluntad del órgano y los motivos.

Es decir, que los elementos subjetivos del acto administrativo son: la competencia y la legitimación; y los objetivos: la voluntad, el objeto, los motivos y los presupuestos. Agrega la doctrina española, en especial, García de Enterría, también como elemento del acto administrativo, a la forma y al fin⁷.

José Antonio García Trevijano en un esfuerzo de unificar los distintos criterios para la clasificación de los elementos o requisitos del acto administrativo, señala: “*Todos nos damos cuenta de que existen unos elementos que se dán, en mayor o menor medida en todos los actos, y ellos son:*

- a) *Persona jurídica de Derecho Público.*
- b) *Órgano concreto que emana el acto.*
- c) *Voluntariedad.*
- d) *Objeto.*
- e) *Contenido de la acción voluntaria.*
- f) *Causa.*
- g) *Forma.*

Agrupando los requisitos anteriores pueden clasificarse de la siguiente forma:

⁴ Artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

⁵ Definición del artículo 83 del Código Colombiano de Procedimiento Administrativo.

⁶ Op. Cit. Pág. 620.

⁷ Citado por José Antonio García Trevijano Fos, en: “Los Actos Administrativos”. Pág. 115. Editorial Civitas, S.A. Madrid-1981.

- A) *Subjetivos. Ente público y órgano (es decir, capacidad y competencia), con los problemas inherentes a la investidura del órgano y a la voluntad.*
- B) *Objetivos. Engloban el objeto, contenido, causa y motivación.*
- C) *Formales. Encuadran la forma, que a su vez incluye el procedimiento”.*
(Cursivas nuestras).

Ahora bien, sin la intención de detenernos en el análisis de cada uno de los citados elementos, a nuestros fines, es importante señalar que dentro de los elementos subjetivos, también llamados “de fondo”⁸ nos encontramos con **la competencia**, como atinente no al acto sino al elemento inherente al sujeto que dicta el acto.

El elemento competencia no aparece enunciado en el sentido antes señalado en la legislación nacional, sino como **función** (artículo 135 de la Constitución de 1999), salvo en la Ley Orgánica de Administración Central, o en su sentido negativo, como **atribución** (artículo 137 de la Constitución de 1999), como **incompetencia** (primer supuesto del ordinal 4º del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), o como **usurpación** (artículo 138 de la Constitución de 1999). No obstante, y esto es indudable, cualquiera sea su calificativo, la competencia constituye el elemento esencial del acto administrativo y es la figura central de la organización administrativa.

Es por tanto la competencia, el elemento preexistente al acto administrativo y el que condiciona su existencia.

Ahora bien, y ya refiriéndonos específicamente a las características básicas de la competencia, las mismas pueden resumirse así:

El carácter **IRRENUNCIABLE** de la competencia, que deriva de su condición de “carga”, esto es, del hecho de ser, como modalidad de la potestad, y tal como lo señaláramos con precedencia, un **deber-derecho**. Tal condición es consecuencia, tal como lo veremos en lo adelante de una predeterminación legal, por lo que el funcionario dotado de competencia está obligado a ejercerla⁹.

⁸ Al efecto, Allan Randolph Brewer Carías en su obra “Principios del Procedimiento Administrativo”. Pág. 81. Editorial Civitas, S.A. Madrid-1990.A

⁹ En tal sentido, normas como el artículo 66 de la Ley General de Administración Pública de Costa Rica la definen como “irrenunciable, intransmisible e imprescriptible” y “sólo por ley podrán establecerse compromisos de no ejercerla”.



El hecho de ser **INTRANSMISIBLE**, es decir, tal como lo señala la ley española, la competencia se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de **delegación, sustitución o avocación** previstos por las leyes¹⁰.

Su condición de ser materia de **ORDEN PÚBLICO**, es decir, que no está sometida a la autonomía de la voluntad de los particulares, está fuera del alcance de éstos.

Su ejercicio es **OBLIGATORIO**, lo cual está íntimamente vinculado con su carácter irrenunciable y especialmente con su condición de carga (derecho-deber). El ente administrativo tiene la carga de la autotutela administrativa y de allí que exista una necesidad colectiva de que ejecute sus atribuciones.

Por tanto, se desprende que la competencia da origen a una relación de sujeción, por cuanto, el ente dotado de tal puede incidir con sus actuaciones en la esfera subjetiva de los particulares.

2.- Filosofía de la noción de Competencia. Fundamento de la Competencia. Origen de la noción de Competencia: Predeterminación legal o sub-legal.

El fundamento de la competencia radica “*en la pluralidad de órganos que integran una entidad pública. Como no es posible que la función encomendada a una entidad se realice por un solo órgano y son necesarios varios, hay que distribuir entre ella las distintas funciones.*”¹¹ Y es éste, en palabras entonces de González Pérez, el papel que desempeña la competencia, esto es, la distribución de los asuntos entre los órganos de una entidad pública.

La competencia nace como consecuencia de la necesidad de distribución de las tareas de los órganos administrativos, que requieren estar dotados de ella para dar cumplimiento al fin de interés general que justifica su existencia, y en virtud del cual se les dota de potestades que la colocan en una situación de supremacía.

¹⁰ Artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo Española.

¹¹ PÉREZ GONZÁLEZ: “El Procedimiento Administrativo”. Pág. 302. Editorial Publicaciones Abella. Madrid- 1964.

Ahora bien, tal como lo señaláramos con precedencia, la noción de competencia es la manifestación más clara y directa del Principio de Legalidad, que en palabras de Moles¹² implica que la Administración sólo puede hacer lo que la ley en forma expresa le señala, a diferencia del administrado que puede realizar todo aquello que no le haya sido expresamente prohibido.

Lo anterior debe aunarse a la necesidad de distribuir las tareas públicas entre los distintos entes del Estado, tal como lo exige la teoría clásica de Montesquieu de la División Orgánica y Vertical de los Poderes y se complementa con el Principio de la Organización Administrativa, del cual se desprenden las nociones de potestad y atribuciones, cuyo significado señaláramos en el capítulo precedente, y que se traducen en la carga de la Administración de cumplir con la función de interés general, a través de la ejecución de las atribuciones que le han sido otorgadas.

En virtud de lo expuesto, cabe preguntarse si la competencia ha de ser legal o sub-legal, esto es, si la atribución específica de una tarea a un ente administrativo concreto debe desprenderse de una norma legal o de una norma de rango sub-legal. Y en el primer caso, si tal norma de rango legal debe circunscribirse únicamente a la ley en sentido orgánico, como el acto emanado de los cuerpos legislativos (en la nueva Constitución, de la Asamblea Nacional), actuando como tales; o si por el contrario, puede derivarse¹³ de actos dictados por otra categoría de entes, pero con forma de ley. Y a su vez, si puede considerarse válidamente otorgada a través de actos administrativos de efectos generales.

La respuesta nos la da Brewer Carías¹⁴, cuando señala: “...*la exigencia de texto expreso para ejercer la competencia, y la determinación de si ello debe estar en la Constitución, en la ley o en el reglamento, deriva del régimen constitucional concreto, por una parte, y de los principios de la reserva legal, por la otra. En los Estados Federales, por ejemplo, como Argentina y Venezuela, los principios relativos a la distribución de competencias entre las República, las provincias o los estados miembros de la federación y los municipios, necesariamente tienen que estar en la Constitución, de manera que en este nivel, las normas atributivas de*

¹² MOLES CAUBET, Antonio: “El Principio de Legalidad y sus Implicaciones”. Pág. 25. Publicación en Cuadernos Universitarios. Caracas-1975.

¹³ BREWER CARÍAS, Allan: “Principios del Procedimiento Administrativo”. Pág. 83. Editorial Civitas, S.A. Madrid-1990.

¹⁴ Brewer Carías, Allan: Op. Cit. Págs 83 y 84.



competencia son de rango constitucional. Cualquier extralimitación en el ejercicio de las competencias respectivas entre los tres niveles de descentralización política, por tanto constituye usurpación de funciones". (Cursivas y subrayado nuestros).

La Constitución Venezolana establece al efecto en su artículo 138, que: *"Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos"*. (Cursivas nuestras).

Entonces, lo anterior ha de ser analizado, para poder resolver el problema de la determinación de la norma atributiva de competencia, que es en definitiva el problema quid de este punto, el otro principio fundamental que es el de la Reserva Legal, en el sentido de que en todo supuesto en que la regulación de una materia esté reservada al legislador, sólo la ley formal puede atribuir competencia para emanar actos administrativos.

De allí que, la atribución de competencia, según se desprende de lo expuesto, debe ser fijada en una norma de rango constitucional o en todo caso, legal, y puede ser establecida por una norma de rango sub-legal, cuando la propia ley así lo haya dispuesto, **y siempre que no se trate de materias cuyo conocimiento haya sido atribuido expresamente al legislador**, tales como, las inherentes al área tributaria y las competencias sancionadoras.

La consecuencia inmediata de tal atribución legal refuerza el argumento antes esgrimido con relación al carácter de **carga** de toda potestad y por ende, de toda competencia, que como señaláramos, la hace **IRRENUNCIABLE**, no siendo el funcionario que tiene competencia para actuar, libre de ejercerla, sino que está obligado a ello.

3.- La competencia originaria y las derogaciones de la competencia.

En este punto queremos desarrollar lo relativo a las derogaciones de la competencia, como lo contrario a la competencia originaria, es decir, como aquellas formas de competencia que no corresponden directamente al órgano que la ejerce, pero que sin embargo se encuentran ajustadas a la legalidad y los actos que son resultado de ello, no se encuentran viciados de incompetencia. Nos referimos básicamente a lo que algunos autores han denominado **"las desviaciones de la competencia"**, y son¹⁵:

¹⁵ Al efecto, Allan Randolph Brewer Carías. Op. Cit. Pág. 84.

3.1.- La Delegación;

3.2.- La Avocación o Avocamiento y;

3.3.- La Suplencia.

Además, vale la pena referirse, a la **teoría de las competencias implícitas** por ser manifestación de la competencia originaria, por una parte; y por la otra, a los supuestos de funcionarios de hecho, por estar relacionados con la desviación de la figura.

3.1.- La Delegación:

“Consiste en la potestad del órgano inferior de actuar facultades que son propias del superior y “no puede concebirse en principio” que el primero “tenga las mismas aptitudes que el último”¹⁶.

La delegación supone una relación jerárquica entre el órgano delegante y el órgano delegado, en el que *“...es el delegado quien responde por el ejercicio de la competencia¹⁷ transferida. El efecto jurídico del acto de delegación consiste en investir al delegado de la potestad de expresar la voluntad del órgano delegante y por ello, repetimos, el delegado desempeña función pública”.*

La Ley Orgánica de la Administración Central¹⁸, que tiene por objeto, según se desprende de su artículo 1, establecer la estructura y regir el funcionamiento de la Administración Central, de sus órganos y sistemas, destina todo un Capítulo (el Primero del Título IV) a la regulación de esa forma derogatoria del principio estricto de la competencia, que es la delegación.

En tal sentido, establece en su artículo 61 la posibilidad de que los Ministros deleguen las competencias (que le estén atribuidas por ley) a los Vice-Ministros,

¹⁶ RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: “Teoría General de la Actividad Administrativa. Organización. Actos Internos”. Pág. 113. Librería Alvaro-Nora. Caracas-1996. Además, lo que la autora coloca entre comillas es una cita de la obra de D’Alessio: “Istituzioni di Diritto Amministrativo”. Pág. 748. Editoriales Eunaidi. Turín-1954.

¹⁷ FRAGA PITTALUGA, Luis: “La Incompetencia en el Derecho Administrativo”. Pág. 41. Editorial Torino. Caracas-1999.

¹⁸ Dictada mediante Decreto del Presidente de la República en virtud de la Ley Habilitante, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela de fecha 5 de octubre de 1999.



y la firma de los documentos en éstos y otros funcionarios. Y prevé igualmente la delegación en escala, hasta llegar a los funcionarios de inferior jerarquía.

Distingue entonces la ley entre dos formas de delegación: la delegación de firmas y la delegación de funciones.

La delegación de firmas es aquella en la cual el órgano superior faculta al inferior para suscribir algunos actos específicos. Por su parte, la delegación de funciones es la verdadera y propia delegación, en el sentido de que implica la transferencia de sectores de la competencia, de un órgano superior a uno inferior, “*es decir, una auténtica excepción a la regla de la inderogabilidad de la competencia*”¹⁹.

Las diferencias entre estas dos figuras pueden resumirse de la forma siguiente:

En la primera hay una verdadera y propia cesión de una parte de las competencias del órgano superior al inferior, y es por lo que la citada Ley en su artículo 61, establece que “*los actos y actuaciones ejecutados en virtud de delegación de competencias, emanan del órgano delegado, mientras que los actos y documentos suscritos en virtud de delegación de firma provienen del órgano delegante*”.

El órgano superior que delega competencias, se desprende de ellas, las cuales son asumidas por el inferior, que adquiere nuevas facultades de las que carecía con anterioridad.

Cabe señalar también, que según la indicada ley, existen materias indelegables (artículo 62), tales como: las dirigidas a dictar actos normativos; las que a su vez fueren asignadas por delegación y aquellas que sean indelegables por su naturaleza o por mandato constitucional, legal o reglamentario.

Igualmente, se prohíbe la subdelegación y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos prohíbe decidir por delegación los recursos contra los actos propios.

Finalmente viene al caso acotar que la nueva Ley Orgánica de Administración Central no supedita la delegación de firmas ni de funciones al dictado de una ley o reglamento, lo que, habiendo sido dictado para esta fecha únicamente el

¹⁹ RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: Op. Cit. Pág. 114.

Reglamento de Delegación de Firmas, no así el de Funciones, y en virtud del carácter programático que se le atribuía a tal artículo de dicha ley, habría permitido concluir que todo acto dictado por delegación de funciones, bajo la vigencia de la ley derogada, estaba viciado de incompetencia.

La doctrina ni la jurisprudencia se pronunciaron nunca al respecto, sin embargo el punto es todavía de interesante discusión para la determinación de la validez de los actos dictados por delegación de funciones bajo la vigencia de la Ley Orgánica de Administración Central derogada. (Nos referimos a la Ley Orgánica originaria, pues la misma fue reformada casi sucesivamente en dos oportunidades).

3.2.- La Avocación o Avocamiento:

Se presenta cuando el órgano de grado superior asume de oficio, esto es, por iniciativa propia, facultades que han sido atribuidas al órgano inferior.

Los requisitos de procedencia de la figura son los siguientes:

- a) La existencia de una norma expresa que la permita;
- b) Si la ley ha fijado una atribución genérica de competencia al órgano inferior, se entiende que hay una presunción de competencia a favor del máximo jerarca²⁰;
- c) Cuando al órgano inferior no le haya sido atribuida la función en virtud de sus especiales habilidades técnicas;
- d) La avocación debe recaer sobre un asunto concreto, esto es, el órgano superior no asume todas las atribuciones del inferior.

Con respecto a la figura de la avocación, no es muy prolífica la práctica administrativa. La misma se ha desarrollado con mayor frecuencia a través de su utilización por el único órgano jurisdiccional facultado para ello, como lo es la Sala Política Administrativa de nuestro Máximo Tribunal.

Hay autores que consideran que la posibilidad de avocarse para conocer de un asunto concreto, es potestativo de todo órgano superior, salvo que una ley

²⁰ BREWER CARÍAS; Allan: "Introducción al Estudio de la Organización Administrativa". Pág. 85. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1984.



expresa lo prohíbe²¹. Así, señala Brewer Carías “*se presume que tiene –el Ministro- el poder genérico de avocación, en el mismo sentido que tiene el ejercicio de las competencias derivadas de la propia jerarquía administrativa, como revisar las decisiones del inferior*”²². No estamos de acuerdo con la tesis señalada, pues consideramos que el Principio de Legalidad se aplica siempre en sentido riguroso en el ámbito administrativo, por lo que la competencia no se presume, sino que debe ser expresa. La potestad del máximo jerarca está dada es para que conozca del recurso jerárquico, lo cual además no tiene carácter genérico pues el mismo recae también sobre la resolución de asuntos bien concretos.

3.3.- Suplencia:

La suplencia opera frente a las faltas temporales o definitivas de los funcionarios públicos en las organizaciones administrativas. Los actos dictados por los suplentes se reputan al suplido, ya que a través de esta “ficción jurídica” el mismo órgano es el que continúa actuando, teniendo ambos las mismas facultades, sin restricción alguna.

3.4.- La tesis de las competencias implícitas:

El desarrollo de este punto en esta parte de nuestro estudio, tiene que ver con el hecho de que tal teoría viene también a constituir una forma excepcional de competencia, al igual que las figuras antes analizadas, aún cuando no una derogatoria o desviación de la misma.

Pero sí representa tal tesis una desviación del Principio de Legalidad, en virtud del cual la competencia no se subsume, sino que debe ser por el contrario, expresa.

El significado de la tesis se desprende de su propia denominación, es decir, que se dirige a aquellas materias que a pesar de no estar atribuidas en forma expresa a un órgano administrativo, son inherentes a la actividad que éste desarrolla.

La determinación de la presencia de la competencia implica para el funcionario o el juez contralor un juicio de valor, que va acompañado de una interpretación de la competencia dentro del contexto, y siempre partiendo de una norma aún genérica, que originariamente haya otorgado la competencia.

²¹ FRAGA PITTALUGA, Luis: Op. Cit. Pág. 48.

²² BREWER CARÍAS, Allan: “Principios del Procedimiento Administrativo”. Pág. 85. Editorial Civitas, S.A. Caracas- 1990.

3.4.- Los funcionarios de hecho:

Los funcionarios de hecho son aquellos que no tienen atribuida competencia expresa y que sin embargo ejercen determinadas atribuciones administrativas. Los mismos no tienen “autorictas”, sin embargo para algunos autores en estos casos si el particular ha sido engañado en su buena fe puede ser procedente el reconocimiento de efectos a los actos que dicte, siempre y cuando con ello no se dañe a terceros,

En estos casos nos encontramos en el límite entre el vicio de incompetencia y la desviación de competencia, y se encuadrará la actuación en uno u otro dependiendo del caso concreto.

4.- Distintos ámbitos de la competencia: material, territorial, temporal, por el grado.

El problema fundamental de la competencia es determinar el órgano que debe conocer con preferencia a todos los demás, en un determinado procedimiento.

De allí que, se haya clasificado a la competencia principalmente en virtud de los siguientes criterios:

- 4.1.- Competencia por la materia;
- 4.2.- Competencia por el territorio;
- 4.3.- Competencia temporal y;
- 4.4.- Competencia por el grado.

4.1.- La competencia por la materia (“rationae materiae”), se refiere a las distintas formas en que la competencia puede manifestarse en virtud del área en la que el órgano administrativo ha de ejercer su actuación. Es decir, que el órgano administrativo podrá realizar las actuaciones inherentes a su especialidad, o lo que es igual, aquellas que tienen relación con el hecho que les dio origen. Así, existe competencia en materia tributaria, en materia sancionatoria, etc.

4.2.- La competencia por el territorio, depende del ámbito espacial de actuación de la Administración.



Tal competencia es representativa de la estructura político-territorial del Estado, y se distribuye de manera horizontal (Nacional, Estadal y Municipal).

- 4.3.- La competencia temporal, implica que el órgano dotado de competencia podrá ejercerla a todo lo largo de su existencia. Sin embargo, existe la excepción de tal regla, en los casos en que las competencias sean otorgadas por lapsos breves de tiempo, y en virtud de una situación muy concreta. Tal es el caso, por ejemplo, de las competencias otorgadas a la Autoridad Única de Área en el Estado Vargas; las competencias otorgadas durante regímenes de restricción o suspensión de garantías, etc. Ésto, claro está bajo el supuesto de que el ejercicio de toda acción debe someterse a límites temporales, a través de figuras como las de la prescripción y la caducidad.
- 4.4.- La competencia en razón del grado, es aquella que se desprende de los esquemas de jerarquización vertical de las instituciones y que nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en su artículo 14, representa tan bien cuando señala cómo han de clasificarse y denominarse los actos administrativos según el grado.

No obstante, y a pesar de que las autoridades de rangos superiores tienden a gozar de competencias más genéricas que las inferiores, debe recordarse que en nuestro sistema jurídico **la competencia ha de ser expresa, no se subsume**, y por tanto no es cierto que “quien puede lo más puede lo menos”.

En el acto administrativo, al igual que en todo acto jurídico pueden presentarse tipologías «**fattispecie**» anormales, es decir, aquellas que implican, dependiendo del riguroso significado jurídico de la anormalidad, formas diferentes del esquema normativo abstracto.

Así, el defecto o el vicio de la competencia da lugar a un vicio, según Giannini²³ de **violación de ley**, que se define como «*El defecto o el vicio de un hecho de legitimación, que implica un defecto de atribución, aún cuando no de carencia de poder*»²⁴.

²³ Giannini, Massimo Severo: “Diritto Amministrativo Volume Primo”. Pág. 623. Giuffré Editore. Roma-1970. Italia.

²⁴ Giannini, Massimo Severo: Op. Cit. Pág. 623.

El vicio de incompetencia no es exclusivamente la negación de la competencia, pues el mismo va referido al sujeto que dicta el acto y no al acto en sí. De tal manera que, no sólo es inherente a una potestad (como tiende a entenderse tal concepto), sino a una obligación y a un deber. De allí que, se refiere a **cualquier no aplicación de las reglas de reparto de competencia, sea ésta la del territorio (caso de un órgano que se pronuncia sobre una materia, cuyo conocimiento corresponde a otro órgano local), el valor (caso del órgano local que se pronuncia sobre la valoración de una materia que corresponde al órgano central) y, la tarea (la oficina que en el procedimiento se pronuncia sobre materia propia de otro ente).**

Entonces, la competencia no es la medida de la potestad sino la medida de la atribución.

5.- La Competencia desde un ángulo negativo: La Incompetencia. Los vicios de los actos administrativos. Los efectos de los vicios de los actos administrativos: la Nulidad Absoluta y la Novedad Relativa. La Incompetencia como vicio del acto administrativo.

En el acto administrativo, al igual que en todo acto jurídico pueden presentarse tipologías «fatispecie» anormales, es decir, aquellas que implican dependiendo del riguroso significado jurídico de la anormalidad, formas diferentes del esquema normativo abstracto.

5.1.- Incompetencia como vicio de ilegalidad.

Según Brewer Carías²⁵, el vicio señalado en el epígrafe se circunscribe al de Extralimitación de Atribuciones, el cual afecta uno de los requisitos de fondo del acto administrativo como lo es la incompetencia.

Todo acto dictado por un funcionario que no esté dotado de atribución expresa legal para ello, está viciado de incompetencia.

También se configura en los casos de incompetencia por la materia, el territorio, el tiempo y el grado, y por supuesto, en los casos de «desviación» de la competencia que no haya sido autorizada en forma expresa por ley. (Avocación y delegación).

²⁵ Ut Supra. Op. Cit. Pág. 528.



En este último supuesto cabe remitirse a los argumentos expuestos en cuanto a las formas de «desviación» de competencia, y específicamente de la avocación, donde, según parte de la doctrina existe para el máximo jerarca facultad de pronunciamiento en las materias que son competencia del inferior. También cabe acotar que en los casos de competencia implícita la no indicación expresa legal de la competencia, y su subsunción, tampoco acarrea el vicio.

No hay sin embargo criterio unánime en la doctrina acerca del carácter del vicio de extralimitación de atribuciones, aquí analizado, esto es, si se trata de un vicio de inconstitucionalidad o de ilegalidad.

Al efecto, el propio Brewer Carías lo incluye en forma expresa dentro de los vicios de inconstitucionalidad²⁶, pero únicamente cuando se trata de actos dictados por las Cámaras Legislativas, por cuanto la Constitución de la República (artículo 159 de la de 1961, correspondiente al artículo de la de 1999) remite a la extralimitación de atribuciones, como excepción para controlar (vetar) los actos de los mismos. Pero en todo caso, lo importante es que tal vicio ha de considerarse de Nulidad Absoluta, según lo señalado de seguidas.

Los vicios previamente señalados, tanto de inconstitucionalidad como de ilegalidad, son a nuestro criterio, de Nulidad Absoluta, por cuanto pueden encuadrarse perfectamente dentro de uno de los supuestos taxativos de procedencia de tal figura, específicamente dentro del ordinal 4° del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que considera viciados de Nulidad Absoluta a aquellos actos dictados por “autoridades manifiestamente incompetentes”, o en segunda instancia y según palabras del propio Giannini, en el supuesto del ordinal 1° del mismo artículo que prevé la Nulidad Absoluta por violación legal o constitucional.

En este punto, cabe hacer acotación de la tesis expuesta por la profesora Hildegard Rondón de Sansó con respecto a que basta con que se viole una norma constitucional o legal, aún cuando la misma no señale como consecuencia de tal violación, su nulidad, para que el acto dictado pueda ser considerado nulo de Nulidad Absoluta. Ahora bien, la autora indicada hace la distinción entre los casos de violación de ley y los de la Constitución, para determinar la procedencia del vicio de Nulidad Absoluta, siendo sólo el primero de los nombrados el que requiere de prueba y de la demostración de su gravedad²⁷.

²⁶ Op. Cit. Pág. 145.

²⁷ RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: “Estudio Preliminar. Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.” Pág. 78 Editorial Jurídica Venezolana. Caracas-1991.

6.- La Incompetencia Manifiesta: Concepto. Tesis relativas al término “Manifiesta”. Consecuencias.

La ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece en el primer supuesto del ordinal 4º de su artículo 19, lo siguiente:

«Artículo 19: *Los actos de la Administración serán absolutamente nulos:*

4º *Cuando hayan sido dictados por autoridades manifiestamente incompetentes, o con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente previsto».*(Cursivas y negrillas nuestras).

La consideración de un vicio de Incompetencia como de Nulidad Absoluta ha sido condicionada al análisis literal de la norma transcrita y en consecuencia, al carácter Manifiesto de la incompetencia. Así, la doctrina y sobre todo la jurisprudencia en su mayoría de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia exige como condición de la Nulidad Absoluta del acto, que el mismo haya sido dictado por una autoridad **manifiestamente incompetente**, es decir, que separen la condición de «manifiesto» del vicio de incompetencia como tal, considerando en consecuencia que no toda incompetencia es manifiesta y por ende, no puede ser tipificado el acto así dictado, como viciado de Nulidad Absoluta.

Es evidente de cualquier manera que el problema básico para determinar los efectos de la incompetencia es el de su carácter manifiesto.

Determinar cuándo es manifiesta la incompetencia no permite, según García Trevijano²⁸ generalizaciones, debe ser analizado caso por caso, para revisar si existe una **desviación total y absoluta de las normas competenciales**.

Así, el Consejo de Estado Español ha señalado que no es posible catalogar como incompetente la actuación de un órgano, que ostenta cierta competencia en el oficio de que se trate, pues en tal caso sólo cabría tipificarla como relativa. **Lo manifiesto es lo notorio, lo ostensible**. Sin embargo, tales condiciones no bastan, pues **se requiere que la misma vaya acompañada de un nivel de gravedad jurídica proporcional a la gravedad de los efectos que comporta la declaración de nulidad de un acto**.

No puede haber sin embargo, excesiva flexibilidad en la interpretación de los supuestos planteados, para calificar un acto viciado de incompetencia manifiesta.

²⁸ García Trevijano, José Antonio: “Los Actos Administrativos”. Pág. 402. Segunda Edición actualizada. Editorial Civitas, S.A. Madrid-1991.



Determinar entonces si la incompetencia en la que incurre un órgano es manifiesta, es lo que permite catalogar el acto administrativo a tales efectos dictado, como viciado de Nulidad Absoluta, en virtud de lo dispuesto en la primera parte del ordinal 4º del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos²⁹.

Constituye entonces el término “manifiesta” aquellos de los denominados “conceptos jurídicos indeterminados” que, sin entrar en el análisis de sus distintas concepciones, otorga un alto grado de discrecionalidad al que lo aplica. De allí que la discusión doctrinaria e incluso jurisprudencial para tildar a un acto administrativo como viciado de Nulidad Absoluta, en virtud de haber sido dictado por una autoridad “manifiestamente incompetente”.

De allí que, revisaremos muy esquemáticamente en este capítulo lo señalado en el VOTO SALVADO DE FECHA 22 DE SETIEMBRE DE 1992 A LA SENTENCIA DE LA SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA DE LA EXTINTA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, CON RELACIÓN AL CASO «SALOMÓN MUCI ABRAHAM»³⁰, en el que se discutía la competencia de un funcionario para expedir planillas de liquidación de impuesto sobre la renta y multa, con fundamento en el carácter manifiesto o no de la incompetencia en la que el mismo incurriera en el dictado del acto administrativo impugnado.

1.- El indicado voto salvado es contrario a la tesis mayoritaria de la Sala

Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia que restringe la posibilidad de hacer valer la incompetencia en cualquier estado y grado de la causa, independientemente de la gravedad de la misma, y de la clase de vicio en que puede haber incurrido el funcionario, ciñéndose a que ello sólo es posible si el mismo acarrea la Nulidad Absoluta³¹. A partir de la sentencia “MARAVÉN, S.A.” del 9-8-90, también de la mencionada Sala, se fija el citado criterio, que establece como condición de la Nulidad Absoluta el carácter **manifiesto**, es decir, **FLAGRANTE Y OSTENSIBLE** de la incompetencia del funcionario.

²⁹ La primera parte del ordinal 4º del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, reza, reiteramos, así: “**Artículo 19:** *Los actos de la Administración serán absolutamente nulos: 4º Cuando hubieren sido dictados por autoridades manifiestamente incompetentes*”. (Cursivas y subrayado nuestros).

³⁰ Magistrado disidente: Hildegard Rondón de Sansó.

³¹ La tesis originaria fue sostenida en las sentencias de la misma Sala Político Administrativa siguientes: caso: “Fábricas de Cristales Ópticos” del 27-3-84; caso: caso: “Cervecería Oriente, C.A.” del 6-8-85, etc.

La Sala Político Administrativa señala que si el funcionario ha actuado en el ejercicio de funciones tributarias, aún sin la atribución o autorización correspondiente, pero dentro del sector de la Administración al cual corresponden las funciones ejercidas, la incompetencia se reputa relativa.

2.- Para la disidente el criterio de la mencionada Sala no es técnicamente correcto.

Y señala, cuando el ordinal 4º del artículo 19 Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos se refiere a los actos dictados por «**autoridades manifiestamente incompetentes**», tal calificación legal no alude a una simple cuestión de grado o intensidad, pues el término «**manifiestamente**» hace alusión a que la incompetencia del funcionario no plantee dudas.

Alega la disidente que la competencia es en sí misma un valor absoluto: **se es competente o se es incompetente**; no se admiten grados, aún cuando se exija la demostración del supuesto previsto en el ordinal 4º del artículo 19 citado. **NO PUEDE, SEGÚN EL VOTO SALVADO, CALIFICARSE LA INCOMPETENCIA COMO ABSOLUTA O RELATIVA CON BASE EN UN CRITERIO CUANTITATIVO.**

3.- Continúa la disidente señalando que, considerar que la incompetencia sea absoluta o relativa en virtud de si el acto pueda o no ser convalidado, es confundir la consecuencia con la causa.

4.- Si existe incompetencia, continúa, es decir, «**la inidoneidad de un órgano para dictar un acto**», la gravedad del vicio es tal, que el recurrente puede hacerlo valer en cualquier grado o estado de la causa, porque la materia es de **ORDEN PÚBLICO**, pues se trata de cuestiones que escapan al principio de autonomía de la voluntad.

5.- La tesis de la Sala Político Administrativa, alega la disidente, es “*peligrosa y contraria a los principios básicos de la tutela del orden público normativo y el derecho a la defensa, por cuanto, la Sala Político Administrativa antes de entrar a calificar la naturaleza del vicio se ha pronunciado sobre la admisibilidad de su planteamiento, haciendo una calificación apriorística de la misma, antes de tener elementos presentados por el recurrente para que su criterio su pretensión sea objeto de revisión*”.(Cursivas nuestras).

En síntesis, entendemos en que el problema se plantea por el hecho de que la Sala Político Administrativa declare extemporáneos los argumentos del recurrente



con relación a la incompetencia manifiesta del órgano, por considerar que al no ser «manifiesta» (según el criterio de tal ente jurisdiccional) y al no acarrear la misma en consecuencia, la Nulidad Absoluta del acto, ésta no puede alegarse sino en el momento del inicio del procedimiento de nulidad y no, como sostuvo dicha Sala hasta la fecha de la sentencia, en cualquier momento.

Lo anterior lleva por tanto a la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia a definir como incompetencia manifiesta sólo la que es ostensible y flagrante, términos que según la disidente, implican elementos cuantitativos que excluyen otras posibilidades de importancia. Entonces, el término «manifiestamente» implica, para la voto salvante, que la incompetencia no plantee duda acerca de su presencia. Se trata de un asunto valorativo que el juez debe considerar, como lo señala García Trevijano en cada caso concreto, de allí que su consideración de extemporaneidad sea contraria al derecho a la defensa, pues en cualquier momento el juez debe poder analizar caso por caso.

No es que la autora no esté de acuerdo con que existen diversas manifestaciones de la incompetencia, el punto es que la misma considera que será, caso por caso que pueda identificarse que hay incompetencia. Toda incompetencia es manifiesta, el quid está en determinar cuándo hay incompetencia y en su no confusión con otro vicio de violación de ley que no recaiga sobre la atribución como tal.

Ahora bien, para entender la tesis sostenida en el voto salvado que se analiza, y por tanto lo antes expuesto, es necesario partir de las siguientes premisas:

- 1.- Debemos ubicarnos dentro del contexto en que tal disidencia fue emitida. Se trataba de la desestimación de los alegatos relativos a la incompetencia manifiesta del funcionario que emitió el acto impugnado, por haber sido señalados en la etapa de informes y no al inicio del proceso de nulidad. Es decir, que según la disidencia, se produjo la violación del derecho a la defensa del recurrente.
- 2.- Lo que se quiso señalar es que en el derecho venezolano no existe yesto es muy importante, Incompetencia de **Pleno Derecho**. Al efecto, algo es de pleno derecho cuando no necesita que se declare, en este caso, como nulo. **Cuando nada lo subsana.**

La tesis de la Nulidad de Pleno Derecho entonces, que es la que considera que cuando el acto está viciado de Nulidad Absoluta por Incompetencia Manifiesta, no requiere de declaratoria expresa, es una reminiscencia de la Teoría de la Inexistencia que algunos autores consideran como la tercera forma de extinción de los actos administrativos³², y que en nuestro sistema de Derecho ha sido absorbida por la Nulidad Absoluta de los actos administrativos, salvo en los casos, tal como lo señala Henrique Meier³³, de la **“Excepción de Ilegalidad”** prevista en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de la cual, se considera que el acto no existe, y en razón de ello, su incumplimiento no trae sanción.

En nuestro sistema la Nulidad de Pleno Derecho está sometida al mismo régimen de caducidad que la Nulidad Absoluta y su impugnación requiere del recurrente, legitimación activa³⁴.

El acto inexistente no produce ningún efecto aunque tenga apariencia de tal y todo lo que se lleva a cabo en virtud del mismo no tiene validez alguna.

En nuestro ordenamiento jurídico, toda incompetencia es relevante, pues la validez del acto se presume hasta tanto no sea declarado nulo, y para que lo sea, de no hacerlo de oficio la Administración, el recurrente requiere estar dotado de legitimación activa y someterse a un plazo de caducidad.

En todo caso, y a los fines de entender mejor el problema, que parte del hecho de la consideración del vicio de incompetencia como de Nulidad Absoluta y no de Pleno Derecho, creemos necesario precisar algunas características de la misma, a través de su comparación con la Nulidad Relativa, lo cual haremos de seguidas, en el siguiente cuadro sistemático:

³² Al efecto, GARCÍA DE ENTERRÍA Y...: “Curso de Derecho Administrativo”. Pág. 402. Editorial Civitas, S.A. Madrid. España.

³³ MEIER, Henrique: La Teoría de las Nulidades. Apuntes de clase.

³⁴ Vale la pena señalar sin embargo, que la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, incluida con posterioridad a la presente ponencia, en la publicación que de la misma se hiciera por “error material de copia”, elimina la caducidad para la impugnación de los actos viciados de Nulidad Absoluta, aún cuando somete tal previsión al dictado de una ley especial. Pero en todo caso, siempre será discutible el carácter vinculante o normativo de las Exposiciones de Motivos que, en nuestro concepto, no son sino criterios del Constituyente que pueden cambiar en el texto definitivo de la Constitución.



CUADRO COMPARATIVO.

	NULIDAD ABSOLUTA	NULIDAD RELATIVA
<u>POTESTAD ANULATORIA</u>	OPERA SIEMPRE.	PROCEDE SI NO HAY DERECHOS DE 3°
<u>CREACIÓN DE DERECHOS DE 3°</u>	NO CREA DERECHOS.	CREA DERECHOS.
<u>CONVALIDACIONES</u>	NO PROCEDE.	PROCEDE.
<u>REVOCACIÓN.</u>	PROCEDE SIEMPRE, AUN CON DERECHOS DE 3°	PROCEDE SI NO HAY DERECHOS DE 3°
<u>MOMENTO DE LA EFICACIA.</u>	“EX – TUNC” (SE ANUNCIA DESDE EL PASADO)	NO HAY REGLA. EL ÓRGANO ES LIBRE DE DECIDIR.
<u>SUSPENSIÓN DEL ACTO.</u>	CAUSAL INMEDIATA DE SUSPENSIÓN.	NO PROCEDE.
<u>VÍAS DE PROCEDENCIA.</u>	DE OFICIO Y A INSTANCIA DE PARTE.	DE OFICIO Y A INSTANCIA DE PARTE.

Entonces, para una parte de la doctrina, la Incompetencia sólo es un vicio de Nulidad Absoluta cuando se refiere a la materia, el territorio o la cuantía, no así al grado. El argumento está en el hecho de que los actos dictados por autoridades jerárquicamente inferiores, que sean competentes por la materia pueden ser convalidados por autoridades jerárquicamente superiores que justamente por tener tal carácter, también están dotadas de tal competencia.

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico venezolano, la aplicación irrestricta del Principio de Legalidad exige que la Administración sólo puede hacer lo que la ley en forma expresa le señala, y en caso de actuaciones discrecionales, tal poder de actuación debe haber sido también previamente establecido mediante ley o reglamento³⁵, de manera que no se sigue la regla, tal como lo señaláramos en párrafos precedentes, de que «quien puede lo más, puede lo menos». Así, no consideramos que los actos viciados de incompetencia manifiesta en virtud del grado puedan ser convalidados por el órgano superior. En todo caso, el superior, al igual que sucede en virtud de cualquier alegato de Nulidad Absoluta o Relativa, puede, si el acto viciado no agota la vía administrativa, conocer del recurso

³⁵ Artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

jerárquico contra el mismo, y proceder allí a conocer del vicio alegado. Pero esto sucede ante cualquier motivo de impugnación, sea de Nulidad Absoluta o Relativa, y no por ello deja de considerarse al primero de los vicios citados como convalidable.

Entonces, el carácter manifiesto o no de la incompetencia se desprende del mismo hecho de su presencia. Manifiesto implica ostensible, evidente, y es difícil que un vicio de incompetencia no lo sea. El problema no está en la evidencia del vicio, que en definitiva puede ser un criterio cuantitativo, sino en la gravedad que implica incurrir en un vicio de incompetencia.

Por otra parte, no puede dejar de acotarse que las sentencias de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia quieren atenuar la gravedad de la incompetencia si el funcionario que dicta el acto se encuentra dentro de la misma estructura que el verdaderamente competente, lo cual concuerda con la tesis de tipificar a la incompetencia por el grado como no manifiesta, y en consecuencia como constitutiva de un vicio de Nulidad Relativa, con lo que distingue entre el carácter manifiesto o no de la incompetencia.

La doctrina moderna, sin embargo, ha ido acercándose cada vez a lo expuesto y apoyado por nosotros relativo a la necesidad de tipificar el vicio de incompetencia desde un punto de vista cualitativo y no cuantitativo, cuando concluye considerando que el problema de la incompetencia es de valoración y no exacto, ni técnico. Depende de cada caso concreto, y es por ello que ni el juez contencioso administrativo ni tampoco la Administración pueden desestimar «a priori» el alegato que se haga de incompetencia, fundándose en motivos cuantitativos y en el carácter expuesto de lo “manifiesto por cuanto debe hacerse el estudio del supuesto en particular, para poder determinarse la gravedad de la violación, todo en aras del derecho a la defensa del recurrente.

7.- CONCLUSIONES PROPIAS.

El presente estudio partió del análisis de la figura de la competencia como elemento del acto administrativo, para luego detenerse en su manifestación negativa, como lo es la incompetencia y esto en la medida en que la misma sea capaz de generar un vicio de Nulidad Absoluta.

Creemos entonces, luego de nuestra exposición, que el legislador de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no quiso crear varias formas de incompetencia, sino catalogar toda actuación del órgano sin atribución para ello, como un vicio de Nulidad Absoluta, dada la gravedad de ello. Lo que es



grave y ostensible es que el órgano sea incompetente, y ello siempre será cualitativamente importante, sin tener el que aplica la norma que entrar a analizar aspectos de índole cuantitativo o técnico.

Pero en todo caso si se mantuviera la tesis que considera viciado de Nulidad Absoluta sólo a los actos dictados por autoridades manifiestamente incompetentes y no sólo incompetentes, debería y es ésta nuestra propuesta la misma jurisprudencia determinar causales objetivas y únicas de procedencia de tal supuesto, de manera de no dejar en el limbo la noción y extraerla del ámbito de los conceptos jurídicos determinados, en pro de garantizar la seguridad jurídica del recurrente.

CONTENIDO Y OBJETO DEL
ACTO ADMINISTRATIVO

CONTENIDO Y OBJETO DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Sandra Morelli

Doctora en Derecho Administrativo
de la Universidad de Bolonia

1. Aspectos conceptuales:

El contenido y objeto de los actos administrativos impone sumergirse en la ontología misma de la institución; se trata de determinar en esencia, lo que es el acto administrativo, su significado mismo, la dimensión real de su contenido.

Respecto del contenido, este es definido por el Diccionario de la Real Academia, como “lo que se contiene dentro de una cosa”¹, o como “el significado de un signo lingüístico o de un enunciado”.

El Diccionario de la Real Academia define así al *objeto*. “Todo lo que puede ser materia de conocimiento o sensibilidad de parte del sujeto, incluso éste mismo 2 lo que sirve de materia o asunto al ejercicio de las materias mentales 3 término o fin de los actos de las potencias 4 fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación 5 materia y sujeto de una ciencia. El OBJETO de la teología es Dios. Puede ser material o formal. El material es el mismo sujeto o material de la facultad, y el formal, el fin de ella; así como, en la medicina el objeto material es la enfermedad, y el formal, la curación 6 cosa 7 ant. objeción, tacha o reparo, de atribución, término, o fin de los actos de la potencias”².

Desde el punto de vista gramatical y semiológico eventualmente contenido y objeto son asimilables.

Desde el punto de vista jurídico parece posible la diferenciación entre objeto y contenido del acto administrativo, aunque no de particular relevancia en cuanto a sus efectos: todo acto administrativo debe preservar coherencia entre el contenido y el objeto.

¹ Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, vigésima edición, 1984.

² *Ib idem.*

1.1. Disgresiones epistemológicas:

Abordar como tema de estudio el objeto mismo del acto administrativo supone asumir el derecho como ciencia, y dentro de ésta, las instituciones jurídicas como objeto cognoscitivo³. Asumido pues, el derecho administrativo como objeto de conocimiento por parte de la ciencia jurídica, históricamente se transita algún trecho antes de que sea posible ubicarlo dentro de un área del derecho autónomo del derecho común o derecho privado.

La doctrina tradicional del derecho administrativo no lograba erigirse como plenamente autonómica en relación al derecho privado. De ahí que al abordar las categorías típicas conceptuales del derecho civil, resulta fácilmente identificable su transpolación al ámbito del derecho administrativo. El acto administrativo aparece sobre todo en sus primeras manifestaciones, contaminado, por así decirlo, del concepto de acto negocial.

Principal consecuencia de esa transpolación conceptual es aquella metodología jurídica que conduce a abordar el acto administrativo a partir de sus elementos, objeto, contenido, fines y causa, tal y como la pandectística tuvo a bien hacerlo respecto del derecho privado.

Esta visión tradicional del acto administrativo, parte de la doctrina agregó tan solo valor descriptivo a la institución; se trataba de un paradigma de estudio que resultó ser básicamente estático y sincrónico, sin que fuese posible registrar las vicisitudes prácticas de la institución y su redefinición a partir de las mutaciones funcionales de la administración pública.

De ahí que hoy el derecho administrativo contemporáneo y en particular el derecho administrativo italiano, pongan el acento en los aspectos funcionales de la administración pública, lo que indudablemente permite una aprehensión del concepto de acto administrativo que corresponde y refleja en forma más fidedigna la realidad fáctica que éste pretende regular y condicionar.

³ Acogemos pues, sin mayores disquisiciones, las conclusiones a las que llega luego de un concienzudo y serio análisis, el jurista Jorge Velez García: “En suma, el saber jurídico versa esencialmente sobre conductas humanas en relación intersubjetiva, y se realiza a merced de actos de comprensión conceptualizados y sistemáticos, según ya se vió...” “Una vez, identificado el método de conocimiento y el objeto formal, el carácter de ciencia atribuido al derecho es innegable. Aun más, se admite como un saber científico porque es posible su conocimiento racional, sistemático y verificable” - Derecho y valores. Introducción a la ética de la praxis jurídica”, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1999, p.p. 127. No deja de advertir el autor cómo, afirmaciones de este tipo son posibles gracias a los aportes del positivismo jurídico. Dentro de esta vertiente se ubica la tradicional doctrina administrativista.



De esta evolución doctrinaria da cuenta Claudio Mignone en un estudio del acto administrativo donde se lee: “Il tema degli elementi del’atto amministrativo costituisce un passaggio obbligato nelle trattazioni manualistiche, ma, mentre nelle esposizioni più fedeli alla dottrina tradizionale, esso rappresenta un capitolo imprescindibile, in quelle che se ne discostano perde importanza e viene esaurito in poche pagine, se non addirittura in poche righe. “Questa difformità trova, ancora una volta, spiegazione nella differenza del metodo scientifico seguito. Infatti chi costruisce la teoria dell’atto amministrativo sulla falsariga dell’atto giuridico, quale elaborato dai giusprivatisti, tende ad applicare al primo le categorie scientifiche delineate per il secondo. E queste vogliono che l’atto venga considerato non solo in rapporto ad altri atti, nell’ambito di una tipologia, ma anche di per sé stesso, ossia nei suoi elementi, essenziali ed accidentali.

“In tale prospettiva, a parte qualche diversità di vocabolario, gli elementi essenziali comprendono: soggetto, volontà, contenuto, oggetto, causa, motivi, forma; quelli accidentali si ravvisano in clausole accessorie, generalmente individuate nella condizione, nel termine, nel modo.

“Poiché, inoltre, fra gli atti giuridici hanno assunto maggiore importanza quelli negoziali (in diritto amministrativo, i provvedimenti), o perché solo questi vengono ritenuti suscettibili di essere sezionati nelle loro componenti costitutive, ad essi vien fatto solitamente riferimento quando si parla di elementi dell’atto, anonché alcuni autori, in diritto amministrativo, ragionino altresí di “forma” di un parere o di un certificato, o di “soggetto” che li “rilascia”, etc.”⁴.

Sobre esta problemática, hace una brevisima aunque muy correcta arqueología, el administrativista Gianluca Gardini:

“... l’approccio allo studio dell’atto amministrativo attraverso l’importazione di categorie concettuali tipiche del diritto privato é tendenzialmente superato. Questa operazione é stata tentata con grande sforzo concettuale nella prima metà del secolo, da parte di autori che aderivano alla scuola pandettistica, metodo mutuato dalla dottrina tedesca che cerca di interpretare il diritto secondo categorie concettuali generali, applicabili a tutti i settori dell’ordinamento. Fanno parte di questa scuola di pensiero, a partire da Vittorio Emanuele Orlando, Zanobini, Cammeo de in parte Ottaviano. In ogni caso gli sforzi di importare le categorie privatistiche nel diritto pubblico, nel tentativo di spiegare il provvedimento amministrativo in termini di atto pubblico negoziale, sono naufragati dinanzi ad

⁴

“Diritto amministrativo”, AA.VV, Bologna, Monduzzi Editore, Vol II, p.1231-1232

uno scoglio insuperabile, che rende ontologicamente diverso l'atto publico da quello negoziale: l'assenza di libert  di fini che, nel diritto publico, caratterizzata la volont  dei contraendi, a differenza di quanto avviene nel diritto privato.

“Abbandonata la visione negoziale dell'atto amministrativo , anche la scomposizione nei diversi elementi che compongono l'atto privatistico (soggetto, oggetto, causa, motivi, forma)   risultata superata, o, quantomeno ha perso di interesse. Nella seconda parte del secolo la dottrina pubblicistica ha quindi iniziato a spostare el fuoco dell'attenzione dall'atto amministrativo alla sua funzione , (...), e conseguentemente, al procedimento amministrativo, ossia il modo attraverso cui la funzione si fa atto, traducendosi in provvedimento puntuale....

“... L'evoluzione pu  quindi riassumersi secondo questa progressione: l'interesse iniziale manifestato per l'atto amministrativo e per gli elementi che lo compongono   andato progressivamente perdendosi in favore del procedimento amministrativo, ossia delle regole generali che guidano l'azione amministrativa, e, infine, in favore del risultato dell'azione stessa, considerato oggi il vero banco di prova dottrinale...”⁵.

Cabe además poner en evidencia la no coincidencia en cuanto a la identificación de elementos, objeto y método en la doctrina, toda vez que los distintos autores, seguramente por inexistencia de un referente único y objetivo, describen como objeto lo que para otros es elemento y como elemento, lo que para otros es causa o fin. Por todo lo anterior, resulta difícilmente discernible, a partir del análisis de la doctrina actual, el contenido y el objeto del acto administrativo. No obstante lo anterior, no puede omitirse el conocimiento de la conceptualización que del contenido y el objeto del acto administrativo ha hecho la doctrina.

1.2. La doctrina tradicional y el acto administrativo. Objeto y contenido.

Nadie más representativo de la doctrina tradicional, en la que es posible identificar una gran influencia del derecho privado que el iusadministrativista Guido Zanolini⁶. En el volumen primero de su curso de derecho administrativo publicado

⁵ Concepto del Profesor Gianluca Gardini de la Universidad de Bolo a. Email de fecha 9 de marzo de 2000.

⁶ Zanolini Guido, “Corso di Diritto Amministrativo”, Volume primo: Principi generali. Sesta edizione. Milano, Giuffr  editore, 1950, p.p. 199.



en 1950 se refiere al objeto del acto administrativo como la cosa, actividad, relación, del cual éste se ocupa y respecto del cual dispone, juzga, y da constancia de lo que resulta de su contenido.

El autor continúa: “In generale, si può dire che tutto quanto può formare oggetto dei rapporti di diritto pubblico (beni demaniali e patrimoniale, attività positive e negative, ecc.) può costituire l’oggetto degli atti giuridici della pubblica amministrazione. Tale oggetto può subire, però, un ampliamento. Vi sono, infatti, atti amministrativi (quelli di amministrazione pubblica del diritto privato) che hanno lo scopo di permettere, di formare o di approvare negozi giuridici privati o di dare la prova di tali negozi. In negozio giuridico privato costituisce, in tal caso, l’oggetto del atto amministrativo”⁷.

Por su parte, para el profesor Aldo Sandulli: “La categoria degli atti amministrative abbraccia nel nostro ordinamento - se refiere al italiano - tutti gli atti unilaterali aventi relevanza esterna posti in essere da una Pubblica Amministrazione nella esplicazione di una potestà amministrativa”⁸. Dentro de los actos administrativos destaca los “provvedimenti” en consideración de los efectos jurídicos que éstos producen, y aunque realiza un amplísimo estudio sobre los tipos existentes y sus efectos, no se refiere explícitamente ni a su objeto ni a su contenido.

En la doctrina española más reciente se impone como es obvio, ocuparse de las consideraciones del Profesor García De Enterría. Para el maestro de toda una generación de juristas, al que no se le escapa que la génesis de la teoría del acto administrativo se encuentra en la teoría general del acto jurídico, el acto administrativo sería, y en esto parafrasea a Zanobini, la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo, realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”⁹. Al desarrollar el tema, se sirve de la categoría “elementos objetivos” del acto administrativo, dentro de los cuales ubica la declaración, el contenido y el objeto.

En cuanto al contenido lo refiere a la declaración y subraya que éste debe acomodarse al ordenamiento jurídico, así como al imperativo de fijar condición,

⁷ El jurista se refiere al objeto del acto administrativo incluyendo dentro de esta categoría los objetos materiales; de estas consideraciones se impone tomar distancia toda vez que el asunto adquiere relevancia jurídica solo en la medida en que exista un sujeto que ejerza algún derecho respecto de ese objeto, tal y como se explicará más adelante.

⁸ Aldo Sandulli, “Manuale di Diritto Amministrativo”, Napoli, Jovene editore, XIII edizione, Volume I, 1982. p.p. 536 y ss.

⁹ “Curso de Derecho Administrativo”, Madrid, Editorial Civitas, Volumen I, 1986, p.p. 504.

plazo, modo y reservas. Del contenido del acto administrativo, el Profesor García de Enterría no dice nada más, pero al desarrollar el tema se ubica inmediatamente en el objeto de la declaración, por lo que parece éste no asume una identidad entre contenido y objeto de la declaración.

En el texto citado se lee:

“El objeto de la declaración de la Administración puede ser un comportamiento del súbdito, de otra Administración, de otro órgano, del titular del órgano (dar, hacer, padecer, no hacer); un hecho (que se documenta, que se certifica, que se aprecia, que se califica); un bien (fungible - como el dinero: declaración o liquidación de deudas de cantidad - o no fungible, que se expropia, que se califica, que se transfiere o subroga, que se registra, cuyos precios se tasan); una situación jurídica (interpretarla, calificarla, revisarla); su propia organización; o bien mixturas de esos objetos típicos, en cuanto sean propuestos por el ordenamiento como término final de la actividad jurídica de la administración”.

“Esa proposición normativa de los objetos de los pronunciamientos administrativos limita el problema de las notas genéricas que el objeto de los actos jurídicos deben cumplir, pero no lo elimina del todo, especialmente allí donde se presentan libertades apreciativas o configuradoras de la Administración, esto es, en la hipótesis de los actos discrecionales. El objeto ha de ser lícito, determinado y posible. La licitud excluye no solo lo no autorizado sino aún, dentro del ámbito habilitado, la materia especialmente protegida, de los derechos fundamentales y de la dignidad de la persona”.

“La determinación del objeto no suscita problemas especiales; a ella se equipara su determinabilidad *per relationem*, aunque guardando en todo caso un principio de certeza...”¹⁰.

El profesor García de Enterría presenta una versión más concreta y por sobre todo útil, respecto del objeto del acto administrativo, al definirlo a partir de la relación que surge gracias a la declaración contenida en el acto administrativo entre la realidad fáctica y la Administración. Resulta de suma importancia asumir entonces, que el objeto del acto administrativo es la relación misma que surge al interior de una administración, entre la administración y un particular, entre dos administraciones, entre un particular que ejerce funciones administrativas y un particular, para determinar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que esta relación va a desarrollarse.

¹⁰ *Ibidem*



En cuanto al contenido del acto administrativo para el profesor García de Enterría, lo mismo que para los profesores Parejo y Gordillo, este se circunscribe al momento de la formulación del acto, o de la proposición, donde lo relevante resulta ser su no discordancia con la ley, sin que los efectos jurídico fácticos sean tomados en consideración.

El contenido podría decirse que es el texto, aunque no necesariamente el acto administrativo debe constar por escrito.

El jurista Luciano Parejo al referirse a los elementos objetivos del acto administrativo afirma: "... en la medida en que los actos administrativos son declaraciones, imputables a una organización -personona jurídico-administrativa-, a través de la actuación de sus órganos que - a su vez- precisa de persona o personas físicas para operar, la válida operación de aquellos presupone tanto la competencia del órgano que los dicta como la corrección de la investidura de dicho órgano por la persona o personas físicas titulares del mismo, así como la capacidad de obrar de éstas, la ausencia de vicios de voluntad, al exteriorizar la voluntad del órgano y la regularidad en la actualización de las competencias de éste"¹¹.

Respecto del contenido de la declaración, también, lo mismo que el profesor García de Enterría, se remite a la legalidad subrayando que para "la Administración Pública no rige el principio de la autonomía de la voluntad, sino de la estricta vinculación de la legalidad..."¹².

Finalmente concluye, "Es claro, sin embargo, que dicho contenido ha de comprender todos lo extremos precisos para la individualización del acto, y en particular, la identificación del órgano que lo dicta, el texto de la declaración que este efectúa, la fecha y el lugar en que se dicta". Por último, el objeto mismo del acto, que puede ser muy diverso, ha de ser, en todo caso, lícito, posible y determinado.(...)"¹³.

Al parecer, de los textos citados es posible concluir que para el profesor Parejo Alfonso el objeto del acto administrativo es la declaración misma que conforma el acto, lo cual, si bien es estrictamente correcto, delimitaría el objeto de estudio

¹¹ Parejo Alfonso Luciano y otros, " Manual de Derecho Administrativo", tercera edición, Madrid, Ariel, p.p. 482.

¹² *Ibidem.* p.p. 482-484.

¹³ *Ibidem.* p.p. 482-484.

a la manifestación de la voluntad, independientemente de la relación fáctica que con la realidad material se puede imponer en virtud de los efectos de esta declaración; se circunscribe entonces, al momento de la formulación del acto, a la proposición jurídica misma.

Por su parte, para el profesor Agustín Gordillo el objeto del acto administrativo hace parte de los elementos del mismo y su definición resulta útil en la medida en que vaya aparejada de la de los vicios que sus falencias pueden generar. Específicamente para el Profesor, el objeto contenido - nótese que los asimila - del acto, “es aquello que el acto decide, certifica u opina”¹⁴. Así, en lugar de definir el contenido del acto administrativo alerta respecto de lo que no puede adolecer el acto, en cuanto ello generaría vicios. Se refiere al objeto que vulnera normas o principios del derecho; al objeto indeterminado o determinado para otros casos; al objeto impreciso u oscuro; al objeto imposible; al objeto irrazonable; al objeto inmoral o no ético; al objeto que vulnera precedentes.

En la medida que para el profesor Gordillo el contenido u objeto del acto administrativo “es aquello que el acto decide, certifica u opina”, es posible identificar alguna similitud con lo planteado por Luciano Parejo, cuando considera que el objeto del acto es la declaración. Para García de Enterría el contenido es la declaración, pero el objeto de la declaración misma es precisamente la relación jurídica que se pretende regular, esto es: el objeto.

Volviendo a la doctrina italiana, pero ya situándonos en las producciones más recientes, el objeto aparece como “la cosa, la actividad, la situación subjetiva u objetiva a la que este se refiere. Pensemos respectivamente en la concesión de un bien público (el suelo público es la cosa), una orden para ejercer la libertad de empresa de determinada manera (en virtud de la cual el empresario deba instalar un aparato de seguridad y en todo caso, realizar la actividad objeto del proveído del acto administrativo) o el reconocimiento de la ciudadanía (donde el objeto es la situación subjetiva conferida) o una certificación (que se refiere a la situación objetiva respecto de la cual se da cuenta de la existencia de la misma”¹⁵.

En cuanto al contenido, en el mismo texto el autor Claudio Mignone aclara que para quienes asumen que existe una diferencia entre éste y el objeto: “el contenido

¹⁴ “Tratado de derecho administrativo”, Tomo III: “El Acto Administrativo”, cuarta edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999, p.p.VIII - 6. y s.s.

¹⁵ Ob cit, “Diritto amministrativo”,p.p. 1235.



es el conjunto de la proposición preceptiva del acto administrativo, que se refiere a la facultad, a las obligaciones y a los deberes de la administración pública y del administrado”¹⁶. Si no se acepta la distinción entre objeto y contenido, sigue el autor, se puede concluir que el contenido es el objeto mismo del acto administrativo, y como ejemplo cita una orden que prohíbe el ingreso a un determinado lugar.

En relación con el contenido, generalmente se habla del contenido necesario y del contenido accidental; el primero no puede faltar en ningún acto administrativo independientemente que se haga explícito o no; en tanto que se entiende por contenido accidental, el contenido de las cláusulas accesorias que determinan las condiciones de modo, tiempo, lugar, y otros elementos eventuales. Sin embargo, al respecto no existe unanimidad en la doctrina.

Por su parte, Massimo Severo Giannini cuando estudia el objeto del acto administrativo, afirma que en sentido amplio éste se refiere al interés público y en ese sentido el objeto no tiene una identidad patrimonial inmediata, sin perjuicio de que como sucede en el derecho privado, en determinadas situaciones la pueda tener: “Le regole privatistiche relative al oggetto sono talora applicabile talora non”¹⁷. Aclara además, que existe una distancia sustancial entre el objeto de un negocio jurídico privado, pues los motivos en tanto y cuando, el objeto sea lícito carece de relevancia, no sucede así en relación al “provvedimento amministrativo” - acto administrativo -. Respecto de este último resulta indispensable la efectiva existencia de un interés público concreto, predeterminado por la norma. El autor continúa profundizando sobre los motivos del acto administrativo, al diferenciarlo del hecho psicológico del autor intelectual del acto.

De lo anterior resulta, que para el maestro Giannini el objeto podría identificarse con el fin último, con el telos de todo el derecho administrativo, esto es, la protección del interés público.

Remitiéndonos ya a la doctrina nacional, cabe destacar las siguientes consideraciones:

“El objeto - del acto administrativo - consiste en todo aquello sobre lo que incide la voluntad y constituye un elemento determinado interiormente, en el llamado

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ Severo Massimo Giannini, “Diritto Amministrativo”, Volume Secondo, Terza edizione, Milano, Giuffrè Editore, 1993, p.p. 248 y s.s.

contenido del acto, pero materializada fuera de él. Se puede entender, asimismo, como el mundo jurídico puede modificarse o alterarse en la ejecución del acto administrativo.

“El objeto está constituido por todo aquello de que se ocupa el acto administrativo jurídicamente. Como ilustra Tafur, el objeto es precisamente lo que se decide en el acto, es el contenido del acto. Debe corresponder en su materialidad, a la función administrativa, no sólo ejercida por el poder ejecutivo, sino por todos lo que constitucional o legalmente pueden ejercer este tipo de actividad. Con todo lo anterior, sin embargo, la doctrina tradicionalmente ha diferenciado el objeto del llamado contenido del acto considerando este último como un elemento autónomo. En nuestro concepto, se trata de elementos complementarios, coadyuvantes y estrechamente vinculados. Mientras el primero consiste en el efecto que se persigue, el segundo sería la materia en la que se estructura el acto. Como se observa, esta distinción no hace más que resaltar aspectos de un mismo concepto: el objeto del acto administrativo.

“Se infiere fácilmente - no obstante la relación y coordinación existente entre todos los elementos del acto administrativo - que el objeto se halla íntimamente ligado a la competencia que tiene atribuida el órgano administrativo; se relaciona con ésta precisamente porque es la que determina el campo de acción de las autoridades, sobre lo que pueden validamente ocuparse las autoridades...”¹⁸.

A partir de todo lo anterior es posible formular las siguientes conclusiones preliminares:

- a) El objeto del acto administrativo se plantea siempre en relación con la realidad fáctica y generalmente mediante el condicionamiento de la conducta o bien, de otra autoridad o bien del administrado directamente condicionado. En este sentido el objeto del acto administrativo no es nada distinto que la predeterminación, de acuerdo a parámetros de legalidad de la actuación específica, que para cada caso surge entre administración y administrado o entre distintas organizaciones administrativas.
- b) El contenido del acto administrativo es entonces, el proveído de este, donde se especifican en forma verbal o escrita las condiciones de modo,

¹⁸ Santofimio, Jaime Orlando, “ Tratado de derecho administrativo”, Tomo II: “Acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez”, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 1999,p.p. 149.



tiempo y lugar en que la administración, previo acuerdo con el administrado, en veces, o de manera unilateral, desea que se entable esa relación.

- c) Que el motivo coincida con la efectiva realización del interés público es innegable; lo que sucede es que como la existencia misma de la administración se justifica en función de ese motivo, mal podría este surgir, solo a partir del momento en que está expresa su voluntad. Por ello, para nada resulta relevante subrayar cuando de la definición del objeto y el contenido del acto administrativo se trata, la motivación de la actuación, como lo hace el profesor Giannini.

No esta demás anotar, que el desarrollo del objeto y contenido del acto administrativo necesariamente nos sitúa de cara a otros importantes capítulos del derecho administrativo: elementos, motivos, finalidad, causa, vicios del objeto, que eventualmente escapan del alcance de este análisis. De ahí que convenga ensayar las manifestaciones prácticas del objeto y contenido del acto, poniendo el acento en la forma cómo se viene relacionando administración y administrado, administración entre sí, y administraciones en su interior pues ello es, el contenido y objeto mismo del acto administrativo¹⁹.

2. Del Contenido del acto administrativo:

Si el contenido del acto administrativo equivale a las proposiciones mediante las cuales se formula la voluntad de la administración, resulta indubitable que esas proposiciones contengan todos y cada uno de los elementos indispensables para la existencia y validez del acto administrativo.

Si bien es cierto, las proposiciones que confirman un acto administrativo no necesariamente debe formularse siguiendo una ritualidad rigurosa, resulta indispensable que en pleno respeto con la legalidad vigente, el acto administrativo indique, en primer lugar, la autoridad que lo profiere, autoridad, que en determinados casos puede ser un particular, que debe estar específicamente facultado para actuar de acuerdo a parámetros legales; se está haciendo referencia al concepto de autoridad competente.

Por otro lado, debe indicarse el sujeto pasivo es decir aquel respecto del cual se producen los efectos jurídicos del acto administrativo.

¹⁹ Cabe precisar y máxime cuando no se pretende renunciar a una concepción garantista del derecho, que para los efectos de este estudio se hará caso omiso del procedimiento de producción del acto administrativo, sin que con ello se quiera desconocer su relevancia sustancial.

El objeto, que es precisamente aquello que se decide en el acto y que como ya lo hemos indicado determina un tipo de relación por un particular o al interior de la administración misma o respecto de otra administración.

Los actos administrativos por lo demás deben estar motivados, es decir, deben responder a determinadas circunstancias fácticas y jurídicas, que provocan una decisión administrativa o una resolución por parte de la administración. La motivación, en los actos de carácter general generalmente está contenida en la ley; en los de carácter particular, se indican en el acto administrativo mismo.

Como ya lo vimos anteriormente, el principio de legalidad encuentra su dimensión concreta precisamente cuando se trata de la determinación del contenido del acto administrativo. Un acto administrativo viola la legalidad cuando se aparta total o parcialmente de la norma de rango superior y ello sucede por exceso o por no aplicación de la norma de rango superior. También hay violación del principio de legalidad cuando no se respetan los procedimientos preestablecidos para desplegar una actuación, o cuando aplicándose la norma y de acuerdo con los procedimientos preestablecidos, lo hace una autoridad que no lo es por razón de su jerarquía, del tiempo, del lugar o por razón de la materia misma.

Vicio particularmente importante se configura por violación de la ley cuando existe un error en los hechos que han de servir de sustento a la actuación, o bien porque los hechos no existieron o bien porque se asume que existieron no habiendo existido, o bien porque se les da un alcance inexistente. También suceden errores respecto del sujeto pasivo o respecto del objeto, generalmente por la no adecuada determinación o identificación de éstos elementos.

Particular relevancia adquiere la inexistencia del objeto del acto o la ilicitud jurídica.

Todos y cada uno de estos temas constituye capítulo aparte en el estudio del derecho administrativo; tal vez, lo que si se identifica como preocupación generalizada en la doctrina, cuando del contenido del acto se trata, es lo concerniente a las cláusulas accesorias. Al respecto, es importante tener presente que éstas cláusulas en la medida en que contribuyen a determinar el objeto del acto administrativo, a identificar los sujetos y a especificar las condiciones de sus derechos y obligaciones resultarán indispensables para la formulación de un acto administrativo eficaz y válido. En ese sentido, no parece oportuno clasificarlas como accesorias y en consecuencia, tampoco pareciera necesario reflexionar sobre si su existencia o inexistencia per se resulta indispensable al formular el contenido propositivo del acto administrativo.



Sí se impone reflexionar cuando se aborda el tema del contenido del derecho administrativo, sobre la forma misma del acto. Todo acto administrativo debe responder a una serie de ritualidades dentro de las cuales se contemplan en primer lugar, su formulación escrita. Ahora bien, necesariamente ésta forma debe iniciar por invocar los fundamentos jurídicos de la actuación, es decir, las normas de jerarquía superior que han de servir de sustento a la actuación, seguido de la identificación de la autoridad o sujeto activo que profiere el acto. Sigue luego los motivos dentro de un capítulo que al menos para el caso colombiano se identifica como considerandos. Para luego concluir la autoridad sus razonamientos mediante una resolución que constituye propiamente el objeto del acto administrativo, una vez se materializa.

Al respecto, nuevamente el profesor García de Enterría:

“De esta definición derivan una serie de notas que han de estudiarse con alguna detención.

“a. Se trata, en primer término, de una declaración intelectual lo que excluye las actividades puramente materiales (ejecuciones coactivas, actividad técnica de la Administración). Esto no obstante, por declaración no ha de entenderse únicamente la que formalmente se presenta como tal (aunque esto será lo común en la actividad administrativa) como consecuencia de su procedimentalización y de su expresión escrita ordinaria, art. 41 LPA), o declaración expresa, sino también la que se manifiesta a través de comportamientos o conductas que revelan concluyentemente una posición intelectual previa (declaración o acto tácito; por ejemplo, art. 8, apartado 3, RBSL. sentencias de 23 de mayo y 21 de septiembre de 1993, en materia de autorizaciones). Esto no obstante, la exigencia de una declaración formal y aún escrita como veremos, y la regla que no admite ejecuciones materiales limitativas sin un previo acto que, definiendo lo que es de derecho en el caso concreto, puede ir como título de la ejecución (art. 100 LPA), viene a excluir la expresión tácita de la declaración en cuanto a los actos que llamaremos de gravamen o limitativos de la esfera jurídica del destinatario; más bien la expresión tácita de una voluntad en éste ámbito expresará aquí normalmente una ilegalidad, incluso una vía de hecho. Por ello, el campo propio de los actos tácitos es, o bien el orgánico interno o bien de los reconocimientos de derechos o beneficios en favor de particulares, el de los actos favorables,

pudiendo en consecuencia identificarse un cambio de conducta en esa materia, con una revocación irregular”²⁰.

Requisito *sine qua non* del acto administrativo, para efectos de validez y eficacia, no parece ser la forma escrita, y dentro de la escritura, tampoco parece ritualizada de forma mecánica su redacción. Sin embargo, razones estrictamente prácticas, de garantía y oponibilidad, parecieran hacer que en la práctica el acto administrativo aparezca inescindiblemente ligado al papel.

Sin embargo, la institución del silencio administrativo funda todas sus consecuencias en la presunción de existencia de un acto, bien sea positivo o negativo, según si la autoridad acoge o rechaza las pretensiones de quien debía ser el destinatario del acto.

Para el derecho administrativo colombiano, una vez transcurrido el plazo de dos meses contados a partir de la presentación de la solicitud, sin que se halla notificado decisión que la resuelve, se entenderá que esta es negativa (Art. 40 del C.C.A).

En cuanto al silencio administrativo positivo, prescribe el art. 41 del mismo código:

“solamente los casos expresamente previstos en disposiciones especiales, el silencio de la administración, equivale a decisión positiva.

“Se entiende que los términos para decidir comienzan a contarse a partir del día en que se inicio la actuación.

(...)”

Artículo 42. del C.C.A:

“Las personas que se hallaren en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo, protocolizará la constancia o copia de que trata del art. 5º junto con su declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto.

²⁰ Ob cit, Tomo I, p.p. 504 -505.



“La escritura y sus copias producirán todos los efectos legales de la decisión que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así”
(...)”²¹.

Cuando se habla del contenido de los actos administrativos también se impone alguna reflexión sobre los efectos que sobre éste empieza a tener la sistematización informática de la administración pública, máxime cuando se trata de actos administrativos en serie cuyo contenido resulta fácilmente previsible y codificable para la autoridad. Es de suponerse que precisamente por reducirse la actividad de la administración, para esos casos a “llenar espacios en blanco” la reflexión sustancial sobre sujeto, objeto, motivo y finalidad del acto, responda al momento mismo de la programación de los computadores y elaboración de los programas, por lo que se minimiza el margen de error y actuación arbitraria de la administración, en la medida en que la discrecionalidad tiende a desaparecer.

3. Del objeto del acto administrativo:

Del análisis de la doctrina más representativa, resulta que, si el acto administrativo es una manifestación de la voluntad de la administración, que produce efectos jurídicos, el objeto del acto administrativo es propiamente el proveído que condiciona o bien a la administración misma o bien a los particulares, con la aclaración de que ese proveído puede emanar incluso de un particular cuando ejerce funciones administrativas.

Mediante acto administrativo se regla la conducta de la administración misma y de los particulares al mandar, prohibir, permitir, castigar o certificar. En ese sentido, la definición de la contemporánea doctrina italiana, que tiene en cuenta el condicionamiento de la realidad fáctica como objeto del acto administrativo, merece ser reiterada:

“... objeto - del acto administrativo - aparece como la cosa, la actividad, la situación subjetiva u objetiva al que éste se refiere. Pensemos respectivamente en la concesión de un bien público (el suelo público es la cosa), una orden para ejercer la libertad de empresa de determinada manera (en virtud de la cual el empresario deba instalar un aparato de seguridad y en todo caso, realizar la actividad objeto del proveído del acto administrativo) o el

²¹ Los actos administrativos presuntos pueden ser objeto de revocación directa - Art. 74 C.C.A

reconocimiento de la ciudadanía (donde el objeto es la situación subjetiva conferida) o una certificación (que se refiere a la situación objetiva respecto de la cual se da cuenta de la existencia de la misma”²² .

Del anterior concepto, sin embargo, vale la pena tomar parcial distancia en cuanto a que el autor ubica dentro del objeto del acto administrativo, las cosas y bienes al mismo tiempo que las conductas, las certificaciones y los *status* reconocidos.

El objeto del acto administrativo - recordemos que el derecho es heterónimo y social -, no es nunca el objeto material propiamente dicho, *per se* innominado y por tanto carente de relevancia jurídica, sino la relación que en torno a ese objeto entablan los hombres; a éste respecto, recordemos la isla de Robinson Crusoe y el advenimiento de la propiedad: Si el otro no existe, el objeto carece de valor y por ende, de relevancia jurídica.

En realidad, el objeto del acto administrativo se concreta cuando mediante la formulación de la voluntad de la administración, o de quien ejerce una función administrativa, se cristaliza en la determinación de un modo de ser de una relación jurídica contra otra administración, dentro de una misma administración o respecto de un particular, para mandar, prohibir, permitir o castigar, así como para certificar.

3.1. Actos administrativos que mandan, prohíben, permiten o castigan:

El acto administrativo es tal en la medida en que produce efectos jurídicos; en otros términos, en la medida que crea derechos y obligaciones o los extingue. En este sentido se comparte la afirmación de Jose María Boquera Oliver, cuando dice:

“Los efectos jurídicos (derechos y obligaciones) producidos por la declaración de voluntad constituyen el contenido del acto, unas veces, el contenido del acto es el que el sujeto quiere; otras veces, su contenido es el que las leyes tienen previsto para la causa de la declaración de la voluntad.

²² Ob cit, “Diritto amministrativo”, p.p. 1235.



En éste segundo caso, la voluntad se limita a aplicar a la realidad los efectos jurídicos queridos por el ordenamiento jurídico, para los hechos apreciados por la inteligencia del sujeto; es decir, la voluntad no configura la voluntad del acto, sino que la traslada del ordenamiento a la realidad, con esta coincide la causa y los efectos jurídicos que previó aquel para el supuesto fáctico”²³.

Ello es posible mediante la prescripción de conductas que mandan, prohíben, permiten o castigan. Al respecto y antes de adentrarnos en el alcance de cada una de las prescripciones administrativas, vale la pena lamentar como en Colombia se ha ido generalizando una extraña práctica reglamentaria en virtud de la cual, y sobre todo para los actos administrativos de carácter general, la autoridad administrativa procede mediante declaraciones descriptivas de telos y valores, que desvirtúan, por un lado, la finalidad del acto administrativo en cuanto a la concreción de los parámetros de conducta del particular y de la administración misma, y por el otro, porque abren el camino a actuaciones arbitrarias y a interpretaciones subjetivas, tan caras a nuestros funcionarios públicos. Un ejemplo de este tipo reglamentaciones administrativas, lo constituye las previsiones contenidas en la ley 550 de 1999, conocida como ley de intervención económica y de reactivación empresarial, en cuyo texto se establece que en los “acuerdos de reestructuración de empresas” se deberá incluir un “código de conducta empresarial” (art. 44), que no es más que un catálogo de reglas de “buena conducta”, que deben orientar al empresario en la administración de su empresa y en las relaciones con sus asociados y vinculados. Se trata de un conjunto de “estándares mínimos”, constitutivos de lo que se podría denominar, “la ética empresarial” en un contexto de reactivación económica²⁴. Similares previsiones administrativas están contenidas en sin número de actos y reglamentaciones expedidas en desarrollo de las normas anticorrupción al interior de la administración pública.

3.1.1. Un acto administrativo manda cuando prescribe en forma concreta la conducta que obligatoria y ineludiblemente debe realizar o bien la

²³ “Estudios sobre el acto administrativo”, Séptima edición, Civitas, 1993, Madrid, p.p. 80 En cuanto a la discrecionalidad en determinados casos de la conducta de la Administración, no se comparte la opinión del autor quien tiende a desconocer que en realidad todos los actos administrativos se rigen estrictamente por el principio de legalidad, en virtud de la cual las autoridades, tanto en sentido orgánico como funcional, solo pueden hacer, lo que les está permitido.

²⁴ Sobre el particular, resultan de interés los comentarios que sobre el contenido de la ley 550 de 1998 y un “Código de conducta empresarial” hace Antonio Vanegas Santoro, en el Diario la República, Santafé de Bogotá, marzo 18 de 2000, p.p.15 -Análisis.

administración misma, o bien un particular. Esta orden puede estar acompañada y generalmente lo está de especificaciones en cuanto a modo, tiempo y lugar.

Se entiende por “mandato” en su acepción latina, como el “mandatum ... la orden o precepto que un superior impone a los súbditos”²⁵, en ejercicio de un poder, mando o dominio.

Ya desde una perspectiva jurídica, el Profesor Luciano Parejo se refiere a los actos administrativos que tienen por objeto mandar, indicando que se trata de una “imposición de la administración, de un deber positivo (hacer o dar) o negativo (de no hacer, de abstenerse de actuar, de soportar)... ” y trae como ejemplos, la limitación de circulación, la exclusión de la autonomía negocial de un determinado sector de la economía, la orden de vacunación forzosa, o la de reforzar la estructura de un edificio..²⁶.

3.1.2. La prohibición por su parte, comporta una orden de no actuar, se trata de una prescripción negativa y en ese sentido se contraponen al mandato. El mandato y la prohibición coinciden en que no admiten comportamiento alternativo, en los dos casos se debe hacer o no hacer.

Así, por prohibición se entiende como el efecto de impedir el uso o ejecución de una cosa²⁷. En este sentido, etimológicamente prohibir es distinto de mandato.

Para Luciano Parejo la prohibición es un mandato negativo²⁸.

Un ejemplo característico de este tipo de actos administrativos lo constituye el objeto de estudio en la sentencia SU 601 de agosto 18 de 1999, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, en la cual la Corte Constitucional encuentra en los derechos fundamentales un límite al poder discrecional contenido en una actuación administrativa. Pero la decisión judicial va más allá, le exige a la administración cierto margen de responsabilidad en materia de planeación de sus actuaciones administrativas.

Con la decisión, la Corte estudia por vía de tutela el conflicto que se genera entre el ejercicio de una función pública en aras de la defensa del espacio

²⁵ Ob cit. Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

²⁶ Ob cit, “ Manual de Derecho Administrativo”, p.p. 422.

²⁷ Ob cit. Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

²⁸ *Ibidem* “Curso de Derecho administrativo, Tomo I, p.p. 526.



público y el derecho a la tranquilidad y su relación con la prevalencia de los derechos al trabajo y la dignidad laboral, con ocasión de la liberación del espacio público por parte de las autoridades distritales.

Al respecto la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

“La autoridad pública, en ejercicio de la facultad de policía, tiene la posibilidad jurídica de limitar las libertades individuales cuando la necesidad de preservar el orden público, la tranquilidad, la seguridad, la salubridad o la moralidad así lo exijan, lo cual no es óbice, para que se otorguen *‘permisos o profieran actos administrativos, dentro de las prescripciones legales, para permitir o establecer el cierre de ciertas vías o para limitar o restringir el paso de vehículos o personas, de acuerdo con las circunstancias específicas.’*²⁹.”

“Según puede observarse, los alcaldes están investidos de autoridad suficiente para disponer, en caso de ocupación, la restitución de bienes de uso público, de conformidad con el Código Nacional de Policía (artículo 132). También, tienen competencia para señalar restricciones en lo relativo a su uso por razones de interés común, sin que el razonable ejercicio de esta facultad represente desconocimiento de derechos o garantías constitucionales. En este sentido es claro que el Código Nacional de Policía dispone que es a los funcionarios de la policía, a quien corresponde de manera especial, prevenir los atentados contra la integridad de los bienes de uso público y garantizar su adecuada protección.

“2. Sin embargo, las actuaciones de la policía que bajo esas atribuciones se realicen, deben orientarse esencialmente a hacer realidad los mandatos constitucionales de protección de las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, en la búsqueda de la convivencia pacífica, la vigencia de un orden justo (artículo 2º) y en la prevalencia del interés general (artículo 1º). Por ello, tal y como lo ha dicho esta Corporación en otras oportunidades.

‘La actuación de la autoridad pública en desarrollo de sus funciones de policía administrativa debe adecuarse a un margen objetivo de

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-550 de 1992. José Gregorio Hernández Galindo.

apreciación, evitando la desviación o el abuso de las competencias estatales. Los parámetros utilizados para verificar el cumplimiento de los precisos requisitos que habilitan el ejercicio de una libertad individual son aquellos socialmente aceptados, predecibles y racionalmente justificables y, ante todo, proporcionales a la finalidad que se pretende alcanzar. La objetividad de los criterios de apreciación depende del contexto social y del momento histórico en que se encuentra el individuo y la autoridad. Toda exigencia desmedida o requisito extraordinario comporta un abuso del poder y una posible invasión en el ámbito de los derechos individuales que debe ser subsanada por la autoridad judicial competente.(...)³⁰.

“Por ello es ‘criticable que en más de treinta años Santa Fe de Bogotá haya permitido la ocupación del espacio público y en más de diez años algunos funcionarios hayan postergado la solución de los problemas humanos que surgieron con la desidia de algunos funcionarios. Es pues indispensable que haya soluciones concretas y no ofrecimientos coyunturales que se enredan luego en trámites burocráticos muchas veces inoficiosos y otras veces engañosos’³¹.

“Pero las autoridades no pueden apuntar a un solo objetivo de carácter policivo en el momento en que se deciden a cambiar las condiciones que han generado ellas mismas, para el ejercicio de una actividad o para la ocupación de zonas de uso público, porque ellas son, por mandato constitucional, también las responsables de las alternativas que en este sentido se puedan desplegar para darle solución a los problemas sociales de sus propias localidades. En ese sentido no pueden buscar culpables sólo en los usurpadores del espacio público, sino en su propia desidia en la búsqueda de recursos efectivos en la solución de problemas sociales. Sea cual fuere la responsabilidad, la actuación de las autoridades policivas tienen que ser razonables...(...)”

Esta decisión jurisprudencial resulta de particular interés, toda vez, y este no es el único caso en que la Corte Constitucional, a la vez que considera legítima la decisión de prohibir adoptada por la administración pública, le impone a ésta a

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-475 de 1992 Eduardo Cifuentes Muñoz.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia T-617 de 1995. Alejandro Martínez Caballero.



su vez, una serie de obligaciones de hacer, de tal manera, que la eficacia del acto administrativo queda condicionada a actuaciones preliminares por parte de la autoridad distrital.

En este sentido el acto administrativo no podrá tener por objeto la prohibición si previamente los sujetos pasivos del acto no cuentan con soluciones alternativas.

3.1.3. Cuando se “permite” por el contrario, se abre el camino de la discrecionalidad para el destinatario del acto y la voluntad del administrado adquiere en consecuencia relevancia sustancial. Principio general es aquel en virtud del cual, todo lo que no está prohibido está permitido, por lo que los actos administrativos permisivos por ser innecesarios desde el punto de vista práctico, resultan poco frecuentes.

Dentro de esta categoría y con el ánimo de ser más específicos, se impone citar las aprobaciones, homologaciones, verificaciones y las autocertificaciones. Las autorizaciones surgen como un medio para que la administración pública pueda verificar que se cumplen determinados requisitos legales para ejercer actividades sujetas a estricta reglamentación.

Para el caso colombiano se imponen citar los supuestos jurídicos en torno al otorgamiento de una licencia ambiental, siendo los casos más característicos aquellos en los que concurre un eventual conflicto con los derechos étnicos y culturales. En desarrollo de la ley 99 de 1993 se exige que cuando ejerzan una actividad, proyecto u obra, de la que se puede derivar un eventual impacto negativo o positivo a los recursos naturales renovables o al medio ambiente, o se introduzcan modificaciones notorias al paisaje, se deba contar previamente con una licencia o autorización administrativa, otorgada por la autoridad ambiental correspondiente. Dentro del procedimiento de autorización, resulta indispensable la consulta a la comunidad que se pueda ver afectada con el otorgamiento de la licencia.

Un ejemplo característico de estos procedimientos administrativos de licencia ambiental y que en nuestro derecho ha causado particular revuelo por conducir a decisiones contradictorias en el seno del Consejo de Estado y en la Corte Constitucional, asunto que finalmente fue remitido a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, previa consulta a la Universidad de Harvard, es el conflicto generado con ocasión del otorgamiento de licencia ambiental a la Sociedad Occidental de Colombia, Inc., con base en un contrato de asociación celebrado con Ecopetrol, para la explotación de hidrocarburos en el país, en una zona específica en la que están asentados los resguardos indígenas de la

comunidad U'wa. En dicha ocasión se demandó por vía de tutela y además, mediante acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el acto administrativo por el cual el Ministerio de Medio Ambiente otorgó la licencia ambiental, aduciendo como argumento principal, que la comunidad indígena no había sido adecuadamente consultada ni hecha participe en el proceso administrativo, tal como lo exige la ley sobre medio ambiente (ley 99 de 1993).

Con ocasión de la demanda ante lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado, mediante providencia del 14 de septiembre de 1995 y ponencia del Magistrado Libardo Rodríguez Rodríguez, negó la suspensión provisional del acto acusado, pues no se violaba de manera manifiesta la legalidad, en materia de consulta a las comunidades afectadas con un proyecto de impacto ambiental. Por su parte, la decisión favorable de tutela promovida por el Defensor del Pueblo en procura de los derechos étnicos de la comunidad U'wa, emitida en primera instancia, fue revocada por la Corte Suprema de Justicia en segunda instancia.

El caso así resuelto fue sometido a revisión de la Corte Constitucional, en cuya sede se plantearon los siguientes aspectos de la problemática: El primero consistente en “determinar la manera como se resuelve dentro del marco constitucional el conflicto que se suscita con motivo de la explotación de recursos naturales en territorios indígenas y la protección especial que el Estado debe dispensar a las comunidades indígenas a efecto de que conserven su identidad e integridad étnica, cultural, social y económica. El segundo alude a la definición que debe hacerse en torno a la procedencia de la acción de tutela frente a la existencia de la acción contencioso administrativa, como mecanismo alternativo de defensa judicial, y la compatibilidad entre la tutela y la suspensión provisional del acto administrativo, cuando ésta ha sido solicitada y negada por la jurisdicción competente. El tercero, se refiere a la procedencia de la tutela en el caso concreto” (Sentencia SU 039 de 1997).

Formulado el problema jurídico sobre la consulta como requisito para la adopción de una decisión administrativa como el otorgamiento de una licencia ambiental, la Corte precisó lo siguiente:

“Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos



necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros. No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconvinción con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica...”³².

Sobre el particular, continúa la Corte:

“La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que puedan afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (art. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la Ley 99 de 1993) sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades”³³.

De esta manera, la participación de las comunidades afectadas con la realización de los proyectos de desarrollo, en las respectivas consultas debe reflejarse en la posibilidad real no solo de conocer las inquietudes de estas comunidades, sino en articular sus intereses con los que institucionalmente se pretende para el logro armónico y equilibrado del desarrollo económico, social y cultural,

³² Corte Constitucional, Sentencia SU-039 del 3 de febrero de 1997, Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

³³ *Ibidem*.

involucrando necesariamente. Estos son límites a la facultad de autorización que tiene la administración.

En realidad, en Colombia como consecuencia de la “jurisdiccionalización” de las relaciones sociales, nos encontramos con la intervención de múltiples actores en el desarrollo de los procesos administrativos.

3.1.4. El castigo, nos ubica dentro de la potestad sancionatoria de la administración y se concreta generalmente en la obligación o bien de cancelar una suma de dinero o de demoler una obra o en la imposibilidad de desarrollar una actividad en consecuencia de la cancelación de la licencia, etc.

A la luz de las anteriores clarificaciones muy propias de una clase de introducción al derecho de primer año, el Instituto de los Seguros Sociales - ISS - colombiano, entidad responsable de la seguridad social, ha venido profiriendo actos administrativos relacionados con la conmutación pensional, que ni mandan ni prohíben, ni permiten, ni castigan. Sólo contribuyen a sembrar incertidumbre, a crear falsas expectativas y a desordenar aún más el sistema pensional colombiano, de por sí, incapaz de asumir el pasivo pensional actualmente existente, con las consecuencias de orden legal y social que ello supone.

Que el objeto del acto administrativo sea la regulación concreta de relaciones al interior de la administración, entre administraciones, o entre administración y administrado, o entre particular que ejerce funciones públicas y administrado, para prohibir, mandar, permitir o castigar, se viene desdibujando en el derecho colombiano donde, como ya se dijo, la intervención de otros órganos del poder público en los procesos decisionales ha implicado un descuadernamiento de la estructura funcional y de las responsabilidades de nuestras autoridades. Un ejemplo que lamentablemente no puede considerarse como un caso aislado, lo constituye el aspecto pensional.

El sistema pensional colombiano, como está sucediendo en varios países del mundo, ha resultado ser insuficiente y fantasioso, los cálculos actuariales se quedaron cortos al calcular la expectativa de vida, el costo de vida, las necesidades de salud, etc; pero más allá de los problemas estructurales del sistema en general, específicamente para el caso colombiano, no fueron pocos los trabajadores de grandes empresas que no quisieron afiliarse al Instituto del Seguro Social y prefirieron continuar bajo el régimen de la empresa privada para la cual trabajaban, empresa que para el efecto contaba con un fondo de pensiones.



Para estos casos, las empresas debían hacer reservas pensionales, sin embargo muchas de las más importantes, -Croydon, Paz del Río, etc,- no procedieron en ese sentido y entraron en grave situación de crisis económica. Para esos supuestos fácticos, el decreto 2677 del 71' previó la *conmutación pensional*, así: "Artículo. 1º. En casos excepcionales, las empresas podrán conmutar las pensiones de jubilación legales y convencionales a través del Instituto Colombiano de Seguros Sociales. En virtud de la conmutación, este sustituirá a la empresa obligada en el pago de la jubilación y demás derechos accesorias a ella. En ella artículo segundo se estableció " que habrá lugar a la conmutación, cuando una empresa nacional o extranjera con pensiones de jubilación pendientes entre en proceso de cierre o liquidación o en notable estado de descapitalización, disminución de actividades, o desmantelamiento que pueda ser nugatorio el derecho de jubilación de los trabajadores. En firme la resolución de conmutación, la empresa deberá proceder a la cancelación del monto de la conmutación en la forma que establezca el seguro social.

En Colombia como ya se dijo, las grandes empresas han entrado en situación crítica; al parecer la totalidad de su patrimonio sólo alcanzaría para el pago del pasivo actuarial; sin embargo, además de no resultar suficiente para el pago de la totalidad de las pensiones, en realidad el problema central se plantea por la imposibilidad de darle liquidez a esos patrimonios.

Por otro lado, los pensionados muy preocupados por la problemática que se viene presentando recurrieron a las instancias jurisdiccionales mediante la acción de tutela. Mediante la multiplicidad de fallos proferidos, asumiendo que el derecho a la pensión es un derecho fundamental por conexidad toda vez que por la vía de su incumplimiento se pueden ver afectados los derechos a la vida y la salud, procedieron a ordenar al Instituto de los Seguros Sociales el decreto de la conmutación o el estudio de su viabilidad. El Seguro Social en primera instancia, y en segunda instancia, el Ministerio del Trabajo, previos estudios mediante los cuales concluye la procedencia de la conmutación, ordena a múltiples empresas proceder en ese sentido.

Una de las forma de pago prevista por el código civil es precisamente la dación en pago; pues bien, cuando las empresas decidieron desprenderse de su patrimonio para cumplir con la orden administrativa, originada en decisión judicial, el Seguro Social, conciente del problema financiero y administrativo que se le podría crear, consideró que la dación en pago no podía ser aceptada por el Seguro, y que éste sólo aceptaría dinero en efectivo en cuantía suficiente para cubrir la totalidad del cálculo actuarial; proscribía así el pago parcial del pasivo pensional.

¿Cuál es la situación actual? Se trata de una situación *sui generi* por no decir absurda. El mismo Seguro Social interpreta sus propias ordenes administrativas como no obligatorias hasta tanto la empresa no cancele la totalidad de la cifra adeudada. La propia autoridad afirma, por vía de interpretación, que se trata de actos administrativos condición que carecen de fuerza obligatoria y ejecutoria, de tal manera que el propio Seguro Social nunca procederá a la ejecución coactiva, a pesar de que ordena o manda realizar la conmutación, ésta nunca será exigida por el Seguro Social sencillamente por que el Seguro Social ha entendido que si por la vía coactiva se hace a una serie de bienes e inversiones, teniendo en cuenta la situación de crisis del país, asumirá un problema de iliquidez, que no le permitiría pagar oportunamente las mensualidades pensionales.

La sumatoria de irracionalidades, se origina en el decreto ley que establece la conmutación para empresas en crisis, siguiendo en la Corte Constitucional que opta por la conmutación para preservar los derechos de los pensionados cuando ello resulta ser la mejor vía para hacerlos nugatorios y terminan por el Seguro Social que profiere actos administrativos motivado por la Corte, mediante los cuales impone obligaciones a los particulares que terminan en interpretaciones básicamente incoherentes, que privan de fuerza vinculante a los actos administrativos, lo que equivale ni más ni menos que a privarlos de objeto.

3.2. Actos administrativos de carácter general y actos administrativos de carácter particular.

Siempre dentro de la perspectiva del objeto del acto administrativo este puede tener como vocación o bien aquella de determinar la conducta de un sujeto en concreto y en particular, o de un conjunto de sujetos determinados, o bien, aquella de regular conducta de un número plural e indeterminado de sujetos. Se tiene así la distinción entre actos administrativos de contenido particular de los de contenido general, que para el caso colombiano responde a una clasificación de orden jurisprudencial.

Veamos:

La jurisprudencia colombiana y en particular, la del Consejo de Estado entiende por acto de carácter general “todo acto regla, impersonal y abstracto, que deba regir por igual todas las entidades o personas que se encuentren dentro de los presupuesto de hecho que establezca la norma...”.

De otra parte, estamos ante un acto de carácter particular, cuando “contiene una carga en forma subjetiva y particular; esto es, deja de contener un alcance



impersonal y abstracto para transformarse en acto particular, subjetivo, individual y concreto... como sería el caso para estos últimos, de la imposición de un tributo individualizado por medio de un acto regla, pues se establece una obligación para una persona individualizada y determinada y se exime por el mismo acto a todos los demás sujetos que se encuentren o pueden encontrarse en las mismas condiciones que la gravada...“(Consejo de estado, Sentencia de marzo 29 de 1985, sección Cuarta).

La clasificación entre actos administrativos de carácter general y particular no sólo adquiere suma relevancia cuando del análisis del objeto del acto administrativo se trata, por cuanto comporta una diferencia radical entre el tipo de relaciones sobre las cuales versa, como bien resulta de la jurisprudencia colombiana citada, sino además, porque existe un régimen sustancialmente diferente de notificación, con las implicaciones concretas en términos de eficacia y ya desde la perspectiva procedimental, en la medida en que legalmente se ha establecido una diferenciación en materia de impugnación de actos administrativos de contenido general de los de contenido individual³⁴.

En el derecho colombiano, a partir de la reglamentación de la acción constitucional denominada de cumplimiento, la clasificación entre actos administrativos de carácter general y carácter particular sí resulta sustancial.

La acción de cumplimiento es una acción de origen constitucional (art. 87 C.P) consagrada como un mecanismo de protección y aplicación de derechos, que permite hacer efectivo el cumplimiento de los deberes y obligaciones contenidos en una ley o acto administrativo (Art. 1 de la ley 393 de 1997).

La acción de cumplimiento procede en los supuestos en que exista una acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza de ley o actos administrativos³⁵.

³⁴ Contra los segundos, la de nulidad y establecimiento del derecho, en los supuestos que se alegue vicios de validez o eficacia de dichos actos. En cuanto a la publicidad de los actos generales, en el ordenamiento colombiano se establece que estos sólo serán obligatorios para la generalidad de los destinatarios en la medida en que hayan sido publicados en el Diario oficial, gaceta o boletín destinado para el efecto (art. 43 C.C.A y ley 57 de 1985). Tratándose de un acto de contenido particular, estos generalmente, son notificados de forma personal o por edicto, pues se trata de establecer un mecanismo de relación directa y específica entre la administración y el sujeto o grupo determinado de sujetos, respecto de los cuales debe producir efectos jurídicos dicho acto administrativo.

³⁵ Dicha acción procede contra toda autoridad administrativa a la que corresponda el cumplimiento de la norma con fuerza material de ley o acto administrativo, al igual que contra las acciones u omisiones de los particulares que impliquen el incumplimiento de una

Sobre la procedencia y efectividad de la acción de cumplimiento, la jurisprudencia ha concretado dichos mecanismos en que no sea menester la creación de una erogación presupuestal adicional. Esta posición jurisprudencial contenida, entre otros, en la Sentencia C -506 de 1998, en virtud de la cual existiendo los requisitos formales de procedibilidad de la acción, la Corte estimó que en dicha ocasión la administración encontraba validamente una justificación para el no cumplimiento de un mandato legal, al no existir previsión presupuestal que permitiera la efectividad de la acción de cumplimiento.

La limitación jurisprudencial resulta más que razonable porque de lo contrario nos volveríamos a encontrar, como ha sucedido para el caso de las tutelas, con situaciones en las que el poder judicial se abroga la fijación de políticas públicas, es decir, la distribución de recursos con base en una concepción ideológica, sustituyendo los órganos político democráticos del Estado.

A este respecto, ya se dijo con relación de la Tutela lo siguiente³⁶:

“... vale la pena precisar que la Corte Constitucional o cualquier organismo jurisdiccional encargado de la tutela de la supremacía de la constitución en abstracto, sí legisla, toda vez que, o bien, la sentencia que profiere excluye del ordenamiento jurídico en forma definitiva una norma (Legislador negativo) o la norma permanece en el ordenamiento jurídico, en el entendido en que ésta debe ser interpretada y aplicada en los términos establecidos por la sentencia de la Corte Constitucional (Ver sentencias interpretativas, manipulatorias y aditivas).

“En este sentido, la sentencia es una fuente del derecho, cuyos efectos, que no su formación, es perfectamente equiparable a la ley proferida por el Congreso.

“Aspecto distinto lo constituye el fenómeno derivado del hecho que la Corte Constitucional indique opciones políticas distintas a

norma con fuerza material de ley o acto administrativo, cuando este particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, pero solo para el cumplimiento de las mismas. Por último, es requisito que el accionante haya reclamado previamente el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en el incumplimiento o no contestado dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud. De este requisito se puede prescindir cuando el esperar el requerimiento de cumplimiento, le genere el inminente peligro de sufrir perjuicio irremediable.

³⁶ Sandra Morelli, “De los guardianes de la constitución a la constitución de los guardianes, a propósito de una frase del Profesor Portinaro: Una ruptura democrática?”, en elaboración.



las seleccionadas por el legislador en sentido material, e inclusive de que de las instrucciones para su implementación. En ese caso, la Corte Constitucional se asume como órgano político positivo con las consecuencias que luego se indicarán.

(...)

“Uno de los aspectos que se ha analizado, son las implicaciones de la tutela de los de derechos de contenido económico, que por la vía de la conexidad, con derechos constitucionales fundamentales, han terminado siendo homologados en su tratamiento jurisprudencial a los derechos fundamentales.

“Por esta vía, la Corte se ha convertido en un actor de políticas públicas, aunque en forma fragmentaria y con pretensiones supletivas y remediales”³⁷.

En este momento, en el país son muchos los ahorradores que habiéndose visto afectados por la crisis financiera de los establecimientos bancarios que han sido intervenidos por la Superintendencia de Sociedades y que van a hacer objeto de liquidación han intentado que mediante acciones de cumplimiento se hagan efectivas las órdenes de capitalización que en ejercicio de la inspección y vigilancia han sido ordenadas.

Las pretensiones de los ahorradores que legítimamente buscan por cualquier medio de defensa judicial el restablecimiento inmediato de sus derechos patrimoniales, se han estrellado hasta el momento con el rechazo judicial por la vía a la que optaron, no solamente por desconocer que la orden de capitalización

³⁷

“Muestra de ello es sin lugar a duda las decisiones con las que la Corte Constitucional ha amparado derechos de contenido económico como es el caso del derecho a la pensión y a la seguridad social, que *per se* no son fundamentales, por la sencilla razón de que pueden afectar otros sí fundamentales como la vida y la salud. Esto implica que a partir de decisiones individuales que se van generalizando por el principio de igualdad, tutelado también jurisdiccionalmente, se impone una carga a la administración pública de erogación presupuestal. El asunto se justifica cuando el no pago responde a la omisión, arbitrariedad o falta de diligencia del empleado público.

“Sin embargo, el asunto adquiere una dimensión sustancialmente distinta cuando la Corte fundada en consideraciones de justicia social, emanadas del concepto de Estado Social de Derecho que para el efecto tiene presente, considera que el Estado en abstracto, en el mejor de los casos, debe proveer a la atención de los sectores de la tercera edad y que ello no se hace por “falta de voluntad política de la Administración” (Sentencia 014 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero). En estos supuestos, la Corte fija políticas públicas y dispone de los recursos del presupuesto nacional, sin tener en cuenta su existencia efectiva. Asume así apriorísticamente la causa de ciertas problemáticas sociales como imputables a la no voluntad de un ejecutivo neoliberal...”

no puede ser exigida coactivamente por el organismo de control, en este caso, Superintendencia de Sociedades, sencillamente por que en realidad se trata de una decisión autónoma de los accionistas de un establecimiento bancario cuya responsabilidad jurídica se limita al monto de sus aportes, sino además, es lo que nos interesa para este caso, porque de admitirse que se trata de un acto administrativo que impone una obligación de hacer, es un acto procedencia de la acción de cumplimiento.

Nótese pues, que en realidad el objeto del acto administrativo, en cuanto se trate de regulación de relaciones entre administración y un particular, o de regulación de relaciones entre la administración y un número plural de sujetos, plantea una diferenciación en términos de eficacia.

En efecto, si se trata de un acto administrativo de carácter general puede intervenir la autoridad jurisdiccional para imponer su cumplimiento, no así para los actos administrativos de carácter individual.

2.3. Actos administrativos internos y externos:

La definición más generalizada de acto administrativo en cuanto manifestación unilateral de la administración destinada a producir efectos jurídicos respecto de los administrados ha venido haciendo crisis básicamente en todos sus elementos.

En efecto, respecto de la unilateral del acto administrativo ya se dijo en esta sede, cómo la participación en el procedimiento de producción del acto administrativo por parte del destinatario de éste, ha desdibujado el carácter unilateral del acto administrativo.

El concepto de acto administrativo proferido por la administración y destinado a producir efectos respecto de un particular también se viene desvirtuando.

Por otro lado, y para los efectos de este estudio interesa resaltar cómo la complejidad de la administración pública nos está conduciendo a que sin desde el punto de vista doctrinario se haya abordado el tema, la pluralidad de administraciones públicas resulte como dato objetivo. Cada vez más una entidad estatal con personería jurídica dispone imperativamente respecto de otra; también resultan frecuentes actos administrativos intraorgánicos que reglamentan la conducta de los funcionarios y fijan estructuras y procedimientos.

Al respecto el Profesor García de Enterría se sirve de una clasificación entre actos decisorios externos y actos no decisorios. En cuanto al acto administrativo



externo se refiere a aquel “que constituye una declaración administrativa de voluntad dirigida a un súbdito, que define ejecutoriamente una situación jurídica individualizada de dicho súbdito”. El mismo autor refuta supuestos estrictamente heterogéneos en la definición de acto administrativo, pues reconoce la existencia de decisiones que afectan a otras “Administraciones “ o, “reflexivamente, al propio aparato organizativo (...), que tienen una clara eficacia análoga y cuya razón de distinción con el tipo no aparece clara”³⁸.

Continuando con la consulta del texto del Dr. García de Enterría se impone la siguiente cita:

“Si uno de los términos de toda relación jurídico administrativa tiene que ser necesariamente una administración pública en el sentido que acabamos de exponer, el otro puede serlo bien un administrado, bien otra autoridad administrativa, o bien incluso la misma administración pública en una relación reflexiva.

“El primer supuesto, (relación Administración - administrado) es el más común, el más importante, incluso desde una perspectiva política elemental pero no el único.

“El segundo supuesto (relaciones inter - administrativas) es también frecuentes. Todas las técnicas de engarce entre la Administración del Estado y las múltiples Administraciones Públicas infra - estatales (territoriales, corporativas o institucionales) resultan de ese tipo de relaciones en las que la Administración del Estado suele aparecer (aunque no necesariamente) en posición de supremacía. Pero también son comunes las relaciones paritarias en las que ninguna de las administraciones afectadas ostenta una posición superior; así será común en las relaciones entre Administración del Estado y Comunidades Autónomas, ordenadas alrededor el principio constitucional de órdenes competenciales diversos, aunque eventualmente colaborativos.

“El tercer supuesto (relaciones reflexivas trabadas por una administración pública con sigo misma) alude al ámbito de la organización, a las relaciones de organización. El tema de la organización es polémico, sin embargo. Una importante corriente doctrinal estima que la organización queda fuera del Derecho

³⁸ Ob cit, “

Administrativo ya sea por razones dogmáticas (al entender que la relación jurídico-administrativa sólo puede establecerse entre la Administración y los administrados), ya por razones sistemáticas (por ejemplo, en Alemania, donde tradicionalmente se han venido estudiando dentro del llamado Derecho estatal o *Staatsrecht*, parcialmente equivalente a lo que en España se denomina Derecho político)...”

“Frente a estas actividades haya que sostenido, sin embargo, que el derecho de la organización tiene un lugar dentro del Derecho administrativo, e incluso, un lugar preeminente ya que se refiere a su parte más estable, mientras que la actividad propiamente dicha varía mucho con el tiempo y con las circunstancias...”³⁹.

Se comparten totalmente con el maestro español las conclusiones en cuanto a la relevancia jurídico - administrativa de las relaciones entre administraciones públicas y las relaciones al interior de una misma administración, y en consecuencia, se asumen como actos administrativos los proveídos interadministrativos y los proveídos internos. En efecto, no se puede desconocer que ello constituye objeto del acto administrativo.

Dentro de la primera categoría de actos administrativos, es decir, aquellos que tienen por objeto la relación Administración - administrado encontramos la más vasta producción jurisprudencial originada en el reclamo del administrado que por estar en situación de subordinación acude a la administración para que su derecho resulte restablecido.

En cuanto a los actos administrativos de una administración respecto de otra, se destacan para el caso colombiano los actos producidos con ocasión de las transferencias fiscales, con las particularidades que en otro escenario académico tuvimos la oportunidad de referir, en relación con el tema de la descentralización y el déficit fiscal de las entidades territoriales como resultado de la insuficiencia del esquema de la participación en las rentas nacionales; cita que por su pertinencia con este estudio nos permitimos traer a colación:

“Hemos precisado cómo en Colombia, el modelo de descentralización fiscal carece de eficacia en razón al hecho de que no han sido descentralizadas también la gestión de estos

³⁹ Ob cit. 40-41..



ingresos provenientes de las transferencias al nivel territorial. Por el contrario, si bien la constitución política obliga al gobierno nacional a transferir a los gobiernos departamentales, distritales y municipales, un porcentaje creciente de sus ingresos corrientes y otros tantos procedentes de los recursos por concepto de las regalías (artículos 356, 357, 360 y 361 de la Constitución Política), lo cierto es que los procedimientos se sustentan en un esquema centralizante en perjuicio, desde luego, de los intereses fiscales de los entes territoriales, lo que se concreta en carencia de recursos para satisfacer adecuadamente la prestación de los servicios públicos y las demás necesidades de la población local, que pueden ser tan variadas y complejas como lo son las condiciones sociales, económicas, culturales y políticas de los propios entes territoriales.

“Esto ha llevado a que el Estado Central por intermedio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Administrativo de Planeación Nacional haya venido realizando de manera impropia, la distribución de los recursos del presupuesto nacional –Transferencias intergubernamentales –, con grave perjuicio de las entidades territoriales.

“El gobierno nacional, por diversos procedimientos, bastantes sutiles por cierto, viene esquilmando a las entidades territoriales de sus preciados y legítimos derechos patrimoniales y de contera, violando el querer centralista del Constituyente a partir de 1991

“Pero la imprecisión o mejor, falta de claridad de las normas constitucionales y en consecuencia, de las previsiones delegadas a la ley en materia de la participación de las entidades territoriales en las rentas nacionales ha hecho que las previsiones hechas en 1991 a causa de la incertidumbre que el esquema de descentralización fiscal generaba entonces, hoy se configure como en una de las causas generadoras del desequilibrio y déficit fiscal en Colombia, predicable tanto del nivel central como del descentralizado.

(...)”

“Cuando se hace referencia a las transferencias de los recursos provenientes de la nación hacia las entidades territoriales, un aspecto que causa particular interés es el de que a pesar de que

se ha aumentado el monto de recursos transferidos a los entes territoriales, aún se tiene un sesgo demasiado centralista en la reglamentación y control del uso de estos, pues son fijados desde una perspectiva nacional y desconocen en muchas ocasiones las verdaderas necesidades y requerimientos que se presentan en las diferentes regiones colombianas.

“Ahora bien, en virtud del artículo 358 de la constitución política, se entiende por ingresos corrientes los constituidos por los ingresos tributarios y no tributarios con excepción de los recursos de capital.

“En el mismo orden de ideas, el párrafo del artículo 9o. de la Ley 60 de 1993 menciona que los Ingresos Corrientes de la Nación, que servirán de base para el cálculo del Situado Fiscal ‘... estarán constituidos por los ingresos tributarios y no tributarios; no formarán parte de esta base de cálculo los recursos del Fondo Nacional de Regalías, y los definidos por el artículo 19 de la Ley 6a. de 1992 como exclusivos de la Nación en virtud de las autorizaciones otorgadas al Congreso por una única vez en el artículo 43 transitorio de la Constitución Política....’

‘En este orden de ideas, es evidente que los recursos provenientes de los contratos que celebra el Estado con los particulares son Ingresos Corrientes de la Nación, independientemente de la forma que se recauden. En efecto, estos dineros surgen de los contratos Estatales debidamente adjudicados y celebrados, trátense de concesiones o enajenación de bienes muebles o inmuebles, y por ello se les denominada recursos contractuales de la Nación o del Estado Central.

“Por lo anterior, tales recursos hacen parte del portafolio del Tesoro Nacional que administra la Dirección del Tesoro Nacional, de conformidad con la Ley Orgánica del Presupuesto y sus decretos reglamentarios.

“A pesar de lo anteriormente explicado, El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, haciendo caso omiso de la Ley y lo que es aún más importante, la Constitución, decidió que la mayoría de recursos contractuales son recursos extraordinarios y deben considerarse en el Presupuesto Nacional, dentro del Capítulo de Recursos de Capital.



“En igual sentido, el Ministerio de Hacienda consideró a los recursos provenientes de las entidades desconcentradas y descentralizadas del orden nacional – Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta - excedentes financieros que ingresaron al presupuesto de la Nación -, como “Recursos de capital” o “Recursos Administrados por la Entidad”, en contravía fehaciente de los preceptos legales.

“Es así como las utilidades cedidas por parte de este tipo de entidades al presupuesto nacional durante los años de 1993, 1994, 1995, 1996, 1997 y 1998, V.g. Telecom, Ecopetrol, Carbocol, Cerromatoso, Mineralco, para tan sólo hablar de las más representativas, no ingresaron en el Capítulo de los Ingresos Corrientes y, por consiguiente, no irradiaron a los entes locales.

“Lo anterior, es un ejemplo más de cómo el gobierno nacional ha cercenado los legítimos derechos patrimoniales de los entes territoriales en lo atinente en este caso, a los recursos de las rentas contractuales y de los excedentes financieros de las entidades descentralizadas y desconcentradas, con las obvias consecuencias en el proceso de descentralización fiscal y administrativa.

“De esta manera, se observa con perplejidad como el gobierno nacional de forma ilegítima y abiertamente contraria a los preceptos constitucional en particular, del principio de autonomía fiscal al que tienen derecho las entidades territoriales, ha venido reduciendo paulatinamente la base de liquidación de los ingresos que corresponden la situado fiscal y la participación de los municipios y resguardos indígenas por concepto de transferencias de los ingresos corrientes, al excluir rubros que por definición constitucional y legal pertenecen a esa base liquidatoria, todo en virtud de una indebida interpretación de la ley 60 de 1993, y podría decirse, que gracias a la también imprecisión de este texto normativo. Lo mismo sucede en cuanto a los ingresos provenientes de las rentas contractuales y los excedentes financieros de los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del estado, al desconocer que son ingresos corrientes de la nación y como tales deben estar contenidos en la base de liquidación de los conceptos del situado fiscal y la transferencias a los municipios y las entidades territoriales indígenas, que para estos efectos se asimilarán a los municipios...”

De otra parte, y en cuanto a la tercera categoría de actos internos y externos, tenemos los actos administrativos autoreflexivos, que si bien es cierto en principio están destinados a la administración misma y concretamente, a fijar su organización interna, influyen sobre los derechos de los funcionarios públicos de tal manera que no en pocas ocasiones su eficacia termina tendiendo de una decisión jurisdiccional, como aconteció en el asunto de estudio jurisprudencial contenido en el fallo de la Corte Di Appello di Napol, Sez I, Civile, Sentencia del 11 de febrero de este año (Tomado de Gaceta de Justicia Administrativa Italiana - Sección de Jurisprudencia). En dicha decisión se estudia la viabilidad de limitar la elegibilidad del Secretario General de la Comunidad de Montana a un Sindicato de una de las comunidades que lo componen, en donde se discute fundamentalmente sobre el criterio de imparcialidad que se persigue en el proceso de elección, el que eventualmente se vería afectado con permitir la participación en dicha elección. Al respecto, se considera válida la decisión administrativa de limitar el acceso al proceso electoral, una actuación con contenido subjetivo y restrictivo, solo cuando con la restricción resulta procedente la salvaguarda de intereses superiores y de rango constitucional. De esta manera, resultan válidas limitaciones al ejercicio de derechos individuales de los funcionarios de una determinada administración, mediante actos decisorios, definitivos y de orden interno.

En materia legislativa, la categoría de actos interadministrativos se materializa también en el ejercicio de actos de delegación entre entidades públicas, que en la generalidad de los casos se da en la relación de entidades administrativas del orden nacional a favor de entidades descentralizadas o entidades territoriales.

Al respecto, la ley 489 de 1998 ha establecido que en supuestos de delegación entre entidades públicas, este mecanismo deberá estar acompañado de “convenios en los que se fijen los derechos y obligaciones de las entidades delegante y delegataria... Los convenios estarán sujetos únicamente a los requisitos que la ley exige para los convenios o contratos interadministrativos...”

De otra parte, se indica en la misma ley, que las funciones o servicios impuestos por delegación no son propios de su competencia, será necesario que la entidad delegante provea a la delegataria, de los recursos necesarios para el ejercicio de dicha función o servicio. Este es un avance bien importante en materia legislativa, pues la administración del orden nacional ha venido haciendo uso de sus facultades de delegación en las sedes territoriales desconociendo los límites a la capacidad presupuestal de estas entidades territoriales, y con ello, afectando el ejercicio de su autonomía fiscal en contravía de los mandatos constitucionales, como ya se expuso en las notas anteriores.



Dentro de los actos internos, y ya para finalizar este apartado, conviene citar la tipología de los actos de trámite para diferenciarlos de los actos definitivos, estos últimos que corresponden a actos externos, en la medida en que resuelven situaciones jurídicas con carácter definitivo respecto de terceros, entre tanto que los primeros no. En efecto, son actos de trámite aquellos de orden interno que no deciden de fondo una determinada situación jurídica, sino que se limitan a tener un carácter procedimental o meramente instrumental, sin dejar por ello de ser actos declarativos, pero que no definen situaciones o relaciones jurídicas, de ahí que contra ellos no proceda impugnación, pues en esencia no afectan a un destinatario externo a la administración misma que los produce, podríamos señalar entonces, que la finalidad del acto está en beneficiar a la misma administración que debe dar curso a unos determinados procedimientos administrativos.

Esta diferenciación de los actos internos de trámite de los definitivos o resolutorios, para el caso colombiano, encuentra su utilidad en la medida en que permite distinguir cuando estamos ante un acto objeto de impugnación y cuando no, pues en nuestro derecho se ha sentado la tesis de que los actos de trámite no son recurribles con la gravedad de que se han convertido en un medio para el ejercicio abusivo del poder de la administración, que en aras de un acto instrumental o de trámite contienen decisiones que afectan situaciones jurídicas particulares, vulnerando con ello el debido proceso, al no permitir la impugnación ante la vía gubernativa de dichas actuaciones.

Al respecto el Profesor García de Enterría ha precisado lo siguiente:

“Se trata de una distinción puramente funcional en el seno de un procedimiento administrativo; los actos de trámite son actos instrumentales de las resoluciones, las preparan, las hacen posibles. Es una distinción firmemente establecida con base en la propia estructura del procedimiento administrativo...”

“La regla de la irrecurribilidad de los actos de trámite, sobre la cual la distinción se ha originado, es una simple regla de orden, no es una regla materia absoluta . . . No quiere decir con ello que los actos de trámite . . . constituyan una suerte de dominio soberano de la Administración que resulte absolutamente infiscalizable por los recursos... Fuera de esa impugnación concentrada, los vicios de tramitación podrán denunciarse a efectos de su subsanación previa en el llamado escrito de queja, que nos es propiamente un recursos y que por ello no abre una impugnación separada...”⁴⁰.

⁴⁰ Ob cit, “Curso de Derecho Administrativo”, p.p. 528 y 529.

En realidad de verdad pareciera que los actos de trámite no tienen un objeto *per se*, sino que resultan instrumentales para la definición del objeto del acto administrativo propiamente dicho.

3.4. Actos administrativos proferidos por particulares en ejercicio de funciones públicas.

Sin lugar a duda uno de los elementos característicos del desarrollo contemporáneo del derecho administrativo es la procedencia de la expedición de actos administrativos por parte de particulares o entidades privadas, que no es más que una de las formas como se concreta el ejercicio de la función pública más allá de una concepción estatal, pues lo público ya no tiene como referente únicamente la relación estado - sociedad, y por lo tanto, ya no le compete sólo a las organizaciones estatales, sino que, lo público es también de competencia de los particulares, siempre en ejercicio de un servicio público.

Como lo precisa la doctrina, se trata de la evolución de la doctrina subjetiva u organicista de la administración pública, que solo admitía la exclusividad para ejercer la función administrativa a cargo del Estado, representado en sus autoridades y órganos. Hoy los particulares que ejercen funciones administrativas son titulares de la misma y en ejercicio de esta competencia funcional, sus actos, hechos, omisiones y operaciones son de carácter administrativo.

Así, los actos administrativos expedidos por una persona privada en ejercicio de una determinada función pública comprende una modalidad o tipología más de dichos proveídos, susceptibles de los recursos previstos por el ordenamiento para los expedidos por una entidad estatal, incluso objeto de las acciones de cumplimiento o de tutela, en virtud de las cuales, los particulares pueden exigir de otros particulares, una determinada forma de actuación administrativa, claro siempre en el marco de la función pública a éstos delegada.

En este sentido, los particulares, al igual que las entidades del Estado son destinatarios de las normas y procedimientos que regulan la actuación administrativa, en este sentido está contenido en el reciente estatuto básico de la organización y funcionamiento de la administración pública, Ley 489 de diciembre 29 de 1998, que refiriéndose al ámbito de aplicación, señala:

“La presente ley se aplica a todos los organismos y entidades de la rama ejecutiva del poder público y de la administración pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio



de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas”(Art. 20 de la ley 489 de 1998).

Lo anterior es desarrollo del postulado denominado “democratización de la administración pública”, que en la misma ley 489 de 1998 se concreta en la obligación que reposa en todas las entidades y organismos de la administración pública, en involucrar la participación de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública. Destacándose en este último caso, la organización de las veedurías ciudadanas.

En nuestro ordenamiento el ejercicio de funciones administrativas por parte de particulares se sirve de unas condiciones, ya regladas por el legislador de la manera como se indica a continuación:

- a) El control vigilancia y seguimiento de la función administrativa continuará a cargo de la autoridad o entidad pública titular de la función, esta última que deberá impartir instrucciones y directrices necesarias para el ejercicio de la función por parte del particular. Este control estará también referido a las finalidades, objetivos propuestos u observados por el particular.
- b) Por motivos de interés público, en cualquier momento la entidad pública podrá relevar al particular en el ejercicio de la función administrativa, pues en el Estado reposa la potestad general de la función pública.
- c) La atribución de funciones administrativas a particulares debe estar precedida de sendos actos administrativos y acompañada de convenio o contrato si fuere el caso.

En cuanto al régimen aplicable a los actos de los particulares en ejercicio de funciones administrativas, el legislador precisa que la persona particular por el hecho de ejercer una función administrativa no deja de regirse por el derecho privado. A lo anterior se suma que en lo atinente a la función pública a cargo, sus actos unilaterales están sujetos a los requisitos de expedición, externos e internos, y de procedimiento e impugnación propios de los actos administrativos.

De otra parte, para el ejercicio de funciones administrativas, los particulares están sujetos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y demás prohibiciones aplicables a los servidores públicos, siempre claro están en relación con la función conferida.

En nuestro ordenamiento, los supuestos más típicos del ejercicio de funciones públicas por particulares está dada en materia de la prestación de los servicios públicos domiciliarios. Por ejemplo, todo el sistema de facturación y de reclamos que esta puede originar, se rige exactamente por el mismo ordenamiento jurídico que se le aplica a una entidad de derecho público, cuando presta un servicio público. Así, las peticiones deben ser resueltas dentro del término legal, se contemplan situaciones concretas que generan silencios administrativos positivos, se le prohíbe al particular que ejerce un servicio público exigir el pago para luego hacer la reclamación, etc.

De la misma manera, el particular que presta un servicio público, ve atenuado su derecho a la reserva de documentos en los aspectos que se relacionen directamente con la prestación del servicio público. A este respecto conviene situar el siguiente caso: La ordenanza del 5 de marzo de 1999, del Ente Autónomo Fiera di Milano, en la decisión Tar Lombardia - Minalo, Sez I, según consulta en la Gaceta de Justicia Administrativa italiana. En dicha ocasión se analiza la viabilidad de la decisión contenida en el acto objeto de estudio y se plantea la problemática que gira en torno al derecho de acceso de los organismos comunitarios de derecho público a los actos de la administración pública. En el caso en estudio, se considera la actividad que realiza un ente como el Ente Autónomo Fiera Internazionale di Milano, instituido para desarrollar actividades directamente relacionadas con las manifestaciones de feria, con las que se promueve entre otros, actividades que representan un lucro y que se desarrollan en aras del interés público. La cuestión está dada en la medida en que no se trata de un ente público propiamente dicho, pero que su actividad responde a intereses públicos y generales, que está estrechamente referida a una función económica. Como tal, tratándose de un ente público la jurisprudencia italiana ha convenido que dicho ente tenga acceso a la justicia administrativa, no tanto por la naturaleza de sus actos, más sí por la naturaleza de la actividad que ejerce, que ya se ha calificado como pública y en consecuencia, sus actos serán objeto de la justicia administrativa.

4. Modificación del contenido de los actos administrativos por vía de la acción de tutela

Ya se ha planteado varias veces en este escrito como la definición de manifestación unilateral de la administración, que produce efectos frente a particulares, para referirse al acto administrativo ha devenido insuficiente. En efecto, en Colombia la acción de tutela ha intervenido en forma categórica para concurrir, incluso de manera preliminar, con la autoridad administrativa, y determinar el objeto del acto administrativo.



Los ejemplos son muchos, pero traigamos a colación solamente los que han causado mayor impacto en el país. Así, en un caso de despido de un colectivo de trabajadores sindicalizados por haber violado las prohibiciones de huelga en una empresa de servicios públicos, la Corte ordena proferir actos administrativos de reintegro de los extrabajadores en virtud de una recomendación de la Organización internacional del trabajo, proveniente de la Oficina Internacional del Trabajo, y que carece para todos los efectos, de fuerza vinculante. Pues bien, la Corte Constitucional erigió en norma constitucional la recomendación, de tal manera que los actos administrativos de desvinculación de los trabajadores tuvieron que ser sustituidos por actos administrativos que restablecieron el vínculo laboral (sentencia T- 568/99).

Por determinación también de la Corte Constitucional, en la sentencia C- 153 de 1999 se profirieron órdenes al Departamento Nacional y Planeación, al Ministerio de Justicia y al INPEC para que en un término preclusivo de tres meses se diseñara un plan de construcción de cárceles. Por su parte al Ministerio de Hacienda le correspondería incluir las correspondientes partidas dentro del presupuesto. Y finalmente se solicitaba la suspensión de un contrato específico que se consideraba no idóneo para cumplir con los requerimientos que la infraestructura carcelaria del país requería.

La legalidad de los actos administrativos impone el respeto de las normas vigentes y de la jurisprudencia que constituye fuente del derecho, cuales son los pronunciamientos de constitucionalidad. Sin embargo, ni el principio de legalidad ni la función de constitucionalidad admiten que la manifestación unilateral de la voluntad del administrado se vea suplantada por la de la Corte Constitucional, Corporación que se ha considerado responsable de definir el objeto y contenido de cada acto administrativo, para los casos que sometidos a su conocimiento, ésta considera procedente.

5. Conclusiones:

Si bien es cierto la dinámica de instituciones como el acto administrativo hace muy difícil la identificación estática del objeto y el contenido de éste, y su consideración sin referencia a sus otros elementos constitutivos, se hace posible una definición tanto del uno como del otro.

En cuanto al contenido, se trata de la formulación de la voluntad de la administración, formulación que por razones prácticas generalmente se consigna por escrito y contempla sujetos, objeto, motivos y fin del acto administrativo.

CONTENIDO Y OBJETO DEL ACTO ADMINISTRATIVO

En cuanto al objeto, se trata de la relación planteada en términos de mandato, prohibición, permisión o castigo, que surge entre la administración o quienes ejercen la función administrativa y el particular u otra administración, o al interior de la administración misma.

El contenido mismo de la relación (mandar, prohibir, permitir o castigar) y el tipo de relación que se puede presentar tratándose de actos administrativos de carácter general o particular, así como en consideración de los sujetos, permiten contribuir a la definición del objeto del acto administrativo, sin descuidar como acciones jurisdiccionales (acción de cumplimiento y acción de tutela), así como la intervención de particulares, hacen cada vez menos autónoma a la administración pública para definir el objeto de los actos administrativos.

EL FALSO SUPUESTO EN LOS
ACTOS ADMINISTRATIVOS

EL FALSO SUPUESTO EN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Juan Pablo Cajarville Peluffo

*Profesor titular de
Derecho Público II (Administrativo)
Universidad de la República
Montevideo-Uruguay*

I. INTRODUCCION

La Constitución uruguaya de 1934 -y también la de 1942- previó el establecimiento por Ley, de un Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que entendería en las demandas contra las resoluciones ilegales de la Administración.

Pero en 1952, todavía el legislador no había dispuesto la creación de ese órgano jurisdiccional. El contribuyente de ese año optó entonces por crearlo en la propia Carta. Al hacerlo así, hubo de establecer por sí el estatuto básico del Tribunal que le permitiera comenzar a funcionar de inmediato. En la propia Constitución de 1952 -y en la vigente de 1967- se encuentran entonces normas sobre el número de miembros del Tribunal y su estatuto funcional, su competencia, los recursos de agotamiento de la vía administrativa y sus plazos, la legitimación requerida a los demandantes de anulación de actos administrativos, las mayorías requeridas para fallar, los efectos de la sentencia.

También la Constitución dispone que la demanda de nulidad se dirige contra los actos administrativos “contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder” (art. 309).

Esa disposición ha sido interpretada como el sustento constitucional no sólo de la competencia del Tribunal que entiende en el contencioso administrativo anulatorio, sino también de la teoría de la ilegitimidad e invalidez -y su reverso positivo, la legitimidad y validez- de los actos administrativos.

Recién en 1984 se dictó la “Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo”, Decreto-ley No. 15.524 de 9 de enero de 1984, que

contiene un a noción de la ilegitimidad de los actos administrativos reglamentaria de aquel concepto constitucional: consiste en dictarlos “con desviación, abuso o exceso de poder, o con violación de una regla de derecho, considerándose tal, todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual” (art. 23 ap. a).

Ese es todo el sustento positivo de la teoría de la ilegitimidad e invalidez de los actos administrativos en el derecho uruguayo. De inmediato se percibe que se trata de un sustento por demás sucinto y esquemático, que en definitiva se remite a toda la construcción doctrinal y jurisprudencial comparada sobre los vicios de los actos administrativos, y aún más allá, a toda la elaboración de la teoría general sobre el acto jurídico.

Es obvio que el tema de la ilegitimidad del acto administrativo es uno de los clásicos y capitales del Derecho administrativo. No es ni podría ser intención de esta ponencia reiterar ni revisar toda la elaboración que a ciencia jurídica ha realizado al respecto; ella es un supuesto del cual se parte. Permítaseme recordar aquí a nuestro célebre maestro Enrique SAYAGUEZ LASO, cuyo **Tratado**, considerado con justicia un verdadero compendio de derecho comparado, mantiene, en este corno en tantos temas, toda su lozanía¹.

Por todo ello, la exposición de la forma en que la doctrina y la jurisprudencia uruguayas han encarado el tema de los elementos y presupuestos de los actos administrativos y sus vicios, dentro del cual la falsedad del supuesto es parte sustancial, puede ser de interés para todo derecho que no contenga -como algunos lo hacen- una regulación positiva explícita sobre la materia.

II. ILEGITIMIDAD E INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La actividad administrativa y los actos administrativos como una de sus manifestaciones deben ser adecuados a las “reglas de derecho” aplicables, “considerándose tal, todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual” (Decreto-ley N° 15.524, art. 23)².

La contrariedad del acto a una regla de derecho configura su **ilegitimidad**. Esa contrariedad o **vicio** puede consistir en la inexistencia de algún presupuesto

¹ SAYAGUEZ LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, T.I., 7ª ed. puesta al día en 1998 por Daniel H. Martins, Montevideo, 1998, págs. 323 y sgts.

² El Decreto-lev No. 15.524 reitera a la letra la definición de “regla de derecho” contenida en la Ley No. 13.318, de 28 de diciembre de 1964, art. 345.



del acto, o en que algún presupuesto o algún elemento del acto no es tal como debe ser según las normas aplicables.

Esa violación del deber ser jurídico puede acarrear una sanción establecida por el propio derecho positivo, que puede ser de variada índole puede consistir en una afectación de la eficacia formal del acto³, o en sanciones de otro tipo: disciplinarias, penales, patrimoniales, etc.

Si la sanción de la ilegitimidad consiste en una afectación de la eficacia formal del acto, éste es **inválido**⁴. Si la sanción no afecta su eficacia formal, el acto, aunque ilegítimo, es **válido**, y aunque pueda dar lugar a sanciones de otro tipo, produce los efectos propios del acto legítimo.

La afectación de la eficacia formal del acto inválido puede tener distintos alcances, dependiendo de lo que al respecto disponga el derecho positivo:

- a) el derecho positivo puede disponer que un acto viciado no produzca ningún efecto; en este caso el acto será **nulo** (“nulo es lo que no produce ningún efecto”), y su calidad o estado se calificará de nulidad. El derecho positivo podrá o no reservar la declaración de esa calidad a determinados órganos (administrativos o jurisdiccionales), pero en todo caso su resolución será meramente declarativa;
- b) el derecho positivo puede disponer que un acto viciado produzca algunos efectos y no otros de los que produciría el acto legítimo;
- c) el derecho positivo puede disponer que el acto viciado produzca efectos distintos a los propios del acto legítimo;

³ La “eficacia formal ” de un acto es “la manera de ser de lo efectos jurídicos del acto, en cuanto perteneciente a una categoría, su amplitud y modo de hacerlos cesar” (CASINELLI MUÑOZ, Horacio, Oposición superveniente: ¿derogación o inconstitucionalidad?, en “Rev. D.J.A.”, T. 55, Montevideo, 1957, pág. 160. nota 13). “Concretamente: la eficacia formal de un acto jurídico se traduce en una fuerza activa (de innovación o derogatoria) y en una fuerza pasiva (o de resistencia). La primera, refiere a su potencialidad de innovar en el orden jurídico preexistente venciendo toda resistencia opuesta por cualquier otra manifestación de voluntad del Estado, de grado semejante o inferior, con ella contrastante. La segunda, es la capacidad de resistencia, que el acto jurídico tiene, en el sentido de que no puede ser derogado, abrogado o desaplicado si no es por acto de fuerza igual o superior” (FRUGONE SCHIAVONE, H., De los aspectos administrativos de la ley de marcas de fábrica, comercio y agricultura y de la anulación de la inscripción registral, “Rev. D.J.A.”, T. 74, Montevideo, 1974, pág. 10).

⁴ La afectación de la eficacia formal puede producirse también por otras circunstancias ajenas a la ilegitimidad; por ej., por el establecimiento de plazos o condiciones. Estas son hipótesis de ineficacia, pero no de invalidez.

- d) el derecho positivo puede someter los efectos a plazos o condiciones suspensivos o resolutorios (resultantes de la ilegitimidad y no establecidos por el o los autores del acto);
- e) finalmente (la enumeración no pretende ser exhaustiva) el derecho positivo puede atribuir al acto viciado los efectos propios del acto legítimo, pero precarios, revocables por otro acto posterior, administrativo o jurisdiccional; en este caso, el acto será anulable en tanto tal acto posterior no se produzca y esta resolución posterior será declarativa en cuanto a la existencia del vicio, pero constitutiva en cuanto a la extinción de los efectos producidos por el acto inválido. El derecho positivo puede establecer distintos regímenes para aquella extinción: de oficio o a pedido de interesado, ampliando o restringiendo la legitimación requerida; dentro de cierto lazo o sin él; atribuyendo competencia a órganos administrativos (del mismo o de otro sistema orgánico) o jurisdiccionales; con efectos limitados o generales, etc.

Las consecuencias de la ilegitimidad de un acto dependen entonces exclusivamente de lo que al respecto disponga el derecho positivo. Nuestro Derecho civil consagra, en materia de contratos, dos grados de invalidez - nulidad absoluta y relativa-, determinando su alcance, sus causales y el régimen de su declaración (Código civil, art., 1559 y sgts.). El régimen del acto administrativo inválido es diferente: salvo norma expresa en contrario, la afectación de su eficacia formal consiste en la posibilidad de revocación⁵, discrecional⁶, de anulación administrativa (por el Poder Ejecutivo si el acto

⁵ En la terminología del Decreto-ley N° 15.524, la denominación adecuada de las distintas formas de extinción de un acto administrativo en el derecho uruguayo es la siguiente: a) revocación es la extinción por el mismo órgano que lo dictó o por su jerarca (arts. 32 inc. 1°, 36 y 95); puede ser total o parcial (art. 36); puede ocurrir por razones de mérito o de legitimidad (art. 95), cuando ocurre por razones de legitimidad, en principio tiene efecto retroactivo al momento de su emisión, puesto que la ley lo equipara a la anulación jurisdiccional (art. 95), salvo que una ley expresamente establezca lo contrario (por ej., art. 97 de la Ley N° 9.940: no retroactividad de la revocación de los actos de otorgamiento de pasividades viciados por error de hecho o de derecho); cuando ocurre por razones de mérito, puede tener o no efecto retroactivo (la revocación sin efecto retroactivo equivale a una revocación parcial, puesto que suprime los efectos del acto para el futuro, pero los deja subsistentes para el pasado); b) anulación es la extinción por un órgano ajeno al sistema orgánico, en ejercicio de función administrativa (art. 32 inc. 3°) o jurisdiccional (art. 28 y 29 entre otros), y con efecto retroactivo al momento de la emisión.

Desde el punto de vista teórico, seguramente es preferible denominar anulación a toda extinción con efecto retroactivo al momento de la emisión del acto (cualquiera sea el órgano que la produzca o la función que ejerza), para destacar la identidad del contenido o efectos del acto extintivo.

⁶ La discrecionalidad de la revocación por ilegalidad en el derecho uruguayo deriva de la existencia de plazos perentorios para recurrir, sostener que la revocación por ilegalidad



emana de un Servicio Descentralizado) o jurisdiccional (por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo) y de desaplicación jurisdiccional o en ciertos casos y condiciones incluso administrativa, sin perjuicio de otras sanciones que puedan corresponder y de la reparación a cargo de la entidad estatal por los perjuicios eventualmente producidos (Constitución, art. 24).

III. PRESUPUESTOS Y ELEMENTOS DEL ACTO: CONCEPTO Y RELEVANCIA

La ilegitimidad de acto administrativo se diagnostica examinando la adecuación de sus presupuestos y elementos a las reglas de derecho.

Los **presupuestos** del acto son circunstancias extrínsecas al acto en sí mismo, que deben existir en el momento en que el acto se perfecciona. Los presupuestos del acto condicionan su validez; si un presupuesto no existe o adolece de algún vicio (contrariedad con la regla de derecho aplicable), el acto será ilegítimo, y si el vicio es suficientemente relevante, será inválido. Estos presupuestos de validez del acto administrativo son de derecho (existencia de una norma atributiva de competencia al órgano actuante), de hecho (acaecimiento del supuesto previsto en la norma) y de procedimiento (cumplimiento de los trámites impuestos por las reglas de derecho)⁷.

Elementos del acto administrativo son sus componentes, aquello de lo cual el acto está formado, lo que lo integra o constituye son por tanto intrínsecos al acto⁸. Los elementos del acto se vinculan con su **perfeccionamiento**, entendiendo por tal su nacimiento a la vida jurídica, su acceso a la existencia

es un acto debido para la Administración, equivale a dejar sin sentido esos plazos, porque bastaría presentar en cualquier momento una denuncia de ilegitimidad para que la Administración debiera revocar, de la discrecionalidad de la revocación por ilegitimidad resulta que sólo podrá ser dispuesta cuando existan razones de interés público que la impongan, como es de principio en el ejercicio de toda potestad discrecional, no bastando para fundarla la mera ilegalidad en sí misma.

⁷ Sobre el concepto de presupuestos de un acto jurídico (que no pertenece a una rama del derecho, sino a su teoría general): BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, Curso de Direito Administrativo, San Pablo, 2000, págs. 333 y sgts.; BETTI, Emilio, Teoría General del Negocio Jurídico, Madrid, 1959, pág. 166/167; GAMARRA, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Montevideo, 1968, T. X, págs. 35/36; MORETTI, Raúl, Estudios de Derecho Procesal, T. I, Montevideo, 1967, pág. 363. Los presupuestos de procedimiento son ajenos al tema de esta ponencia; sin embargo, debe recordarse su existencia.

⁸ BANDEIRA DE MELLO, C.A., loc.cit.; BETTI, E., op. cit., págs.97/98; GAMARRA, J., op cit., pág 9; MORETTI, R., op. cit., pág. 363.

en el mundo del derecho mediante su incorporación al ordenamiento jurídico, por tanto la adquisición de **juridicidad** (entendiendo el término como significando -justamente- existencia jurídica y no como sinónimo de legitimidad, sentido en que también es a veces utilizado). El acto se perfecciona cuando se dan sus elementos, que por eso suelen calificarse de esenciales⁹; si alguno de esos elementos no existe, tampoco existe el acto; no cabe hablar entonces de adecuación o inadecuación del acto a las normas, puesto que por hipótesis no hay acto. Si los elementos existen, pero adolecen de algún vicio, el acto perfeccionado será ilegítimo, y si el vicio es suficientemente relevante, será inválido. Estos elementos esenciales son: una materia (determinación de a voluntad jurídica del órgano) y una forma (manifestación exteriorizada, perceptible comprensible por terceros de esa determinación de la voluntad).

IV. DETERMINACION DEL SUPUESTO POR LA NORMA DE COMPETENCIA

a) Estructura de la norma de competencia.

Presupuesto de derecho del dictado de un acto administrativo es la existencia de una norma atributiva de competencia a un órgano estatal¹⁰. Si no existe una norma que atribuya la potestad de dictar el acto de que se trata, éste estará viciado por incompetencia¹¹.

La norma atributiva de competencia tiene, en principio, la estructura lógica de toda norma jurídica: se prevé abstractamente un supuesto o hipótesis de hecho descrito típicamente, al cual se imputa como **deber ser** una consecuencia jurídica¹². El supuesto de hecho puede comprender circunstancias de derecho,

⁹ Pueden existir elementos del acto (en el sentido de partes integrantes o constitutivas) no esenciales, porque no tienen que ver con su existencia, y que por eso se califican de accidentales (por ej., plazos o condiciones).

¹⁰ A veces se enuncia como presupuesto o elemento del acto administrativo, la existencia del órgano, la investidura del funcionario, etc. Por esta vía, puede llegarse a incluir como presupuesto la existencia de todo el orden jurídico. Parece más adecuado limitar la referencia al presupuesto de derecho inmediato: la norma de competencia.

¹¹ La afirmación del texto debe entenderse teniendo presente el “principio de los poderes implícitos”: la atribución expresa de cometidos a un órgano público supone implícitamente la atribución de los poderes imprescindibles para cumplirlos adecuadamente; siempre que el uso de tales poderes no le esté prohibido directa o indirectamente ni esté atribuido expresamente a otro órgano público.

¹² GARACÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, T. I, Madrid, 1995, pág. 529.



en cuanto existentes como tales, por ejemplo, la promulgación de una ley o la celebración de un contrato. Cuando se trata de una norma que atribuye competencia, la consecuencia imputada consiste en el ejercicio de una potestad por un órgano estatal, potestad -en cuanto ahora interesa- de dictar un acto administrativo con determinado contenido¹³.

El esquema de una norma completa de atribución de competencia para dictar un acto administrativo es entonces: dado el supuesto de hecho (H) **debe ser** el dictado del acto administrativo (A) para obtener el fin (F)¹⁴.

Pero la extrema variedad, variabilidad y consiguiente imprevisibilidad de las situaciones a que debe enfrentarse la Administración, tornan imposible prever anticipadamente todas las hipótesis de hecho y consagrar en normas las mejores soluciones para cada una de ellas¹⁵. Por eso, inevitable y necesariamente, las reglas de derecho deben otorgar a la Administración la posibilidad de elegir entre dos o más soluciones igualmente legítimas, posibilidad que se denomina **discrecionalidad**.

Estos márgenes de discrecionalidad más o menos amplios pueden aparecer en cualquiera de los distintos aspectos de la norma atributiva de competencia¹⁶; no en todos ellos, naturalmente, porque semejante norma sólo diría que la

¹³ La consecuencia imputada por la norma jurídica no consiste necesariamente en una sanción coactiva. La regulación de la coacción es el contenido (esencial y definitorio) del ordenamiento jurídico como tal, pero no necesariamente de cada norma jurídica. La juricidad (calidad jurídica) de cada norma individualmente considerada se determina por su pertenencia o integración al ordenamiento jurídico (véase BOBBIO, Norberto, Contribución a la teoría del derecho, Valencia, 1980, pág. 345), pertenencia que resulta de haber sido creada por un acto jurídico regulado por el propio ordenamiento.

¹⁴ Además de la determinación del supuesto de hecho y de la consecuencia jurídica, contenido de toda norma jurídica, aquellas que refieren a la actuación de los órganos administrativos señalan el fin a que su actividad debe tender. Ese fin debido puede estar explícitamente establecido en las normas en cuestión, pero con más frecuencia aparecerá sólo implícitamente; en todo caso, la delimitación del fin debido es una cuestión de interpretación o integración de la norma de competencia, realizable por las técnicas usuales también positivamente consagradas (en Uruguay, Código Civil, arts. 16 a 20). El punto queda fuera del tema de esta ponencia, pero su recuerdo era necesario.

¹⁵ Esta es una característica nítidamente observable en las normas atributivas de competencia a la Administración, pero no es exclusiva de las normas con ese contenido: KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho, trad. Roberto J. Vernengo, UNAM, México, 1979, pág. 350.

¹⁶ De ahí que se haya dicho que el poder discrecional equivale a la libertad concebida al administrador para “formar la premisa mayor de su silogismo” (STASSINOPOULOS, Traité des actes administratifs, citado por LEVRERO BOCAGE, Constancio, Algunas cuestiones relativas al contralor jurisdiccional de las personas públicas no estatales, en Rev. “Derecho Laboral”, N° 99, Montevideo, 1975, pág. 443).

Administración en cualquier circunstancia puede hacer cualquier cosa para perseguir cualquier fin de interés público. A veces las normas relativas a la actuación de la Administración sólo determinan explícitamente uno de sus propios componentes (el supuesto, el poder o el fin); respecto a la Administración conformadora, frecuentemente las leves se limitan a otorgar competencia y señalar más o menos precisamente un fin a lograr¹⁷.

En unos casos -los más frecuentemente considerados por la doctrina-, es la consecuencia jurídica la que puede no aparecer precisamente solo preestablecida. Producida una circunstancia de hecho -más o menos precisamente prevista en la norma -el propio órgano competente determina discrecionalmente el alcance y contenido de la consecuencia jurídica -acto a dictarse- que se le imputa¹⁸.

La discrecionalidad puede aparecer en la propia imputación de la consecuencia al supuesto, de que quede librado al juicio de la Administración si la consecuencia -el dictado del acto- debe ser o no; son todos los casos, tan frecuentes, en que se dice que un órgano “puede” hacer algo. No se trata de que el típico vínculo imputativo -”deber ser”- de semejante norma atributiva de competencia haya sido sustituido aquí por otro de diverso contenido, sino que el supuesto de la norma se integra con un elemento relativo al querer del órgano competente (“si ocurre la circunstancia de hecho y si el órgano en cuestión lo entiende oportuno y conveniente **debe ser** la consecuencia jurídica”).

También en cuanto al fin puede aparecer algún margen de apreciación discrecional. Suele afirmarse que en el fin la Administración nunca tiene discrecionalidad; esto es cierto en cuanto que aquí la libertad de opción nunca puede llegar a ser tan absoluta como puede serlo en, los otros aspectos, porque hay fines que siempre y absolutamente están vedados (vgr., la satisfacción del interés privado del funcionario, vedado incluso bajo sanción penal), y porque al menos implícitamente la ley determina el fin debido. Pero esta determinación

¹⁷ BARBE PEREZ, Héctor, Adecuación de la Administración conformadora del orden económico y social a las exigencias del Estado de Derecho, en “Rev. D.J.A.”, T. 65, Montevideo, 1967, págs. 4/5.

¹⁸ Constitución, art. 168: “Al Presidente de la República, actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros, corresponde:...17) Tomar medidas prontas de seguridad en los casos graves e imprevistos de ataque exterior o conmoción interior...”. El art. 20 del Decreto-ley 15.322 (red. Ley N° 16.327, art. 2°) prevé seis tipos de sanciones que el Banco Central de Uruguay puede aplicar a los infractores de las normas que rigen la intermediación financiera, algunos de los cuales admiten a su vez amplio margen de discrecionalidad.



puede ser más o menos precisa; cuando están en juego ciertos fines (en principio, los de la administración ordenadora: orden público salud pública, etc.), la determinación suele ser unívoca; para la administración conformadora, frecuentemente caben opciones dentro del fin establecido (por ejemplo, si se trata de regular la circulación monetaria, o la producción de ciertos bienes, o sus precios, puede optarse según la circunstancia por aumentarlos o disminuirlos). En un a misma materia o frente a una misma circunstancia de hecho, la Administración suele estar dotada de poderes diversos, optando por el ejercicio de uno u otro según el fin que en cada caso elija como preferible. Y cuando aparece la “**discrecionalidad conformadora**”, es el órgano titular de la potestad de conducción política quien, más allá del campo estrictamente jurídico, en e ámbito de lo político, determina el fin de la actividad dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico¹⁹.

b) El grado de determinación del supuesto por la norma de competencia.

El o los supuestos de hecho habilitantes del ejercicio de la potestad de dictar un acto administrativo pueden estar típica y precisamente descriptos en la norma atributiva de competencia.

Pero la discrecionalidad antes mentada puede también aparecer en la enunciación, del supuesto de hecho habilitante del ejercicio del poder; se otorga una competencia sin determinar precisamente -o sin determinar en absoluto- la hipótesis de hecho en que el poder podrá ser ejercido²⁰. Esto no significa que el poder pueda ejercerse sin que ocurra una circunstancia de hecho a cuyo

¹⁹ CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, “ El Poder Ejecutivo como conductor de políticas sectoriales en la legislación uruguaya”, en Estudios de Derecho Administrativo, Publicación en homenaje al centenario de la creación de la cátedra, T. II, Montevideo, 1979, págs. 97 a 103.

²⁰ Decreto-ley N° 15.322: art. 6° (red. Ley N° 16.327, art. 3°): “Las empresas (no estatales)... requerirán para funcionar autorización previa del Poder Ejecutivo... Deberán contar, asimismo, para poder instalarse, con habilitación otorgada por el Banco Central del Uruguay. Para dicha autorización así como para la citada habilitación se tendrán en cuenta razones de legalidad, de oportunidad y de conveniencia”; art. 16 (red. Ley N° 16.327 art. 2°): “...el Banco Central del Uruguay podrá:

a) Establecer un encaje mínimo obligatorio sobre los depósitos... b) Reglamentar las modalidades de captación de recursos... c) Dictar normas generales e instrucciones particulares...”. En ninguno de estos casos se determina cuáles son las circunstancias de hecho en que se ejercerá el poder de que se trata.

b) Un típico ejemplo de determinación elástica de los supuestos de hecho; “...casos graves e imprevistos de conmoción interior...” (Constitución, art. 168, N° 17).

acaecimiento el ejercicio se imputa, porque en la técnica jurídica necesariamente una consecuencia jurídica subsigue u obedece a un supuesto de hecho producido²¹; significa que la delimitación del contenido y alcance del supuesto habilitante de la consecuencia jurídica imputada -ejercicio del poder de dictar el acto- ha sido cometida a la propia Administración. De manera que ocurrida una circunstancia de hecho, la Administración apreciara más o menos discrecionalmente si puede ser incluida en aquel supuesto más o menos indeterminado de una norma atributiva de competencia, y si así lo entiende, ejercerá la potestad de dictar el acto que esa norma confiere. El juicio del órgano actuante puede estar condicionado en mayor o menor grado por la norma; la indefinición puede resultar de la frecuente utilización de conceptos indeterminados, de conceptos que se refieren a hechos, situaciones y circunstancias empíricamente verificables o a conceptos de valor²², o a una auténtica opción discrecional conferida por la norma de competencia.

V.

ACAECIMIENTO DEL SUPUESTO DE HECHO; FALSEDAD DEL SUPUESTO

Presupuesto del dictado de un acto administrativo, es el concreto acaecimiento del supuesto de hecho al cual aquella norma atributiva de competencia imputa abstractamente, como consecuencia jurídica, el dictado del acto de que se trate²³. Para respetar una terminología a consagrada en nuestro país por doctrina y jurisprudencia y recogida legalmente (Decreto-ley No. 15.524, art. 26), esta circunstancia de hecho a cuyo acaecimiento concreto se imputa el dictado del acto administrativo, circunstancia que debe ser encartable en el supuesto de la

²¹ “...todas las normas generales de un sistema social empírico , inclusive las normas generales que prescriben omisiones, sólo pueden prescribir determinada conducta bajo muy específicas condiciones, y que, por lo tanto, toda norma general establece una relación entre dos hechos que puede ser descrita en un enunciado según el cual, bajo determinada condición, debe producirse determinada consecuencia. Esto es, como se señaló, la expresión lingüística del principio de imputación...” (KELSEN, H., Teoría pura... cit, pág. 116). KELSEN sigue diciendo que “las normas individuales pueden ser categóricas, en el sentido de que prescriben, autorizan o permiten positivamente una determinada conducta, de determinado individuo, sin enlazarla a una determinada condición” (pág. 117), pero esa posibilidad es ajena a lo considerado en el texto: el contenido esquemático de la norma atributiva de competencia a un órgano estatal, por hipótesis norma no individual.

²² BARBE PEREZ, H., Adecuación..., cit, pág. 5; FORSTHOFF, Ernst, Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1958, págs. 120 y sgts.; también KELSEN, Teoría pura..., cit, págs. 350/351.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNANDEZ, T.R., Curso de Derecho Administrativo, T. I, cit., pág. 529.



norma atributiva de competencia, puede ser denominada **motivo** (de hecho) del acto.

La norma individual y concreta, denominada en Uruguay “resolución” cuando es creada por un acto administrativo²⁴, tiene la misma estructura que la norma general y abstracta: imputa una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho para alcanzar cierto fin. La diferencia radica en que la norma general abstracta describe el supuesto abstracta y típicamente, y también abstractamente le imputa la consecuencia, mientras la norma individual y concreta, sobre el supuesto de la constatación de la concreta producción de un acontecimiento encartable en la descripción típica (determinada o más o menos indeterminada) del supuesto normativo de la regla de derecho aplicable, le imputa concreta y subjetivamente la consecuencia jurídica prevista (más o menos determinadamente) por esa norma general²⁵.

Se plantean aquí dos cuestiones de diversa índole: a) la existencia material, objetiva, histórica, de los derechos considerados por la Administración como habilitantes del ejercicio de la potestad; y b) su encartabilidad en el supuesto de la norma de competencia que confiere la potestad ejercida.

- a) El acontecer de los hechos es una circunstancia exterior, cuya existencia se impone a la Administración objetivamente, desde fuera, de la cual el ejercicio del poder de dictar el acto aparecerá como la consecuencia jurídica. Por tanto, en cuanto a la apreciación de la existencia o inexistencia en sí misma de los hechos y su valoración jurídica de legitimidad o ilegitimidad, la Administración no goza de ninguna discrecionalidad.

Si los hechos operantes como supuesto normativo, o motivos del acto administrativo, no existieron o no fueron como la Administración pretende, el acto estará viciado por inexistencia de motivos. Es lisa y llanamente, una hipótesis de “violación de una regla de derecho”, en la enunciación legal de los vicios de los actos administrativos vigente en Uruguay: la potestad se ha ejercido sin configuración del supuesto determinado o más o menos

²⁴ Decreto N° 500/991, art. 120.

²⁵ Si bien es verdad, como señala KELSEN (Teoría pura..., cit., pág. 117) que las normas individuales y concretas pueden ser “categóricas”, en el sentido de prescribir una determinada conducta de determinado individuo sin enlazarla a una determinada condición de cumplimiento futuro, su incorporación legítima al ordenamiento jurídico mediante un acto administrativo supone el cumplimiento probado de la circunstancia de hecho a la cual la norma atributiva de competencia imputa como consecuencia jurídica el dictado del acto administrativo en cuestión.

indeterminado habilitante de la consecuencia jurídica. Esta es la primera hipótesis, la más simple y nítida, de falso supuesto de los actos administrativos: el de su inexistencia histórica.

- b) Si el hecho efectivamente ocurrido está abstracta y típicamente previsto como supuesto en una norma atributiva de competencia, de tal manera que lo sucedido se adapte a la descripción típica normativa, es el hecho mismo el que impone a la Administración la norma aplicable y por tanto la consecuencia jurídica y el fin debido en cuanto estén a su vez establecidos en la norma.

Pero si el hecho no está típicamente previsto en una norma, será la Administración la que aprecie si puede ser incluido en algún supuesto normativo más o menos indeterminado, y al optar por el supuesto de una norma quedarán determinados la consecuencia jurídica y el fin debido, en cuanto estén a su vez definidos en esa norma. Ese juicio de inclusión de un hecho en el supuesto más o menos indeterminado de una norma de competencia tiene límites; cualquier hecho no justifica determinada consecuencia jurídica, y determinado hecho no justifica cualquier consecuencia. Debe existir una adecuación razonable entre el supuesto de hecho y la consecuencia imputada por el acto administrativo. Aquí, al establecer los límites de ese juicio, fue donde la jurisprudencia de nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo primero, y luego la legislación positiva, acudieron a los conceptos de “abuso o exceso de poder”.

Si los hechos son como la Administración pretende, pero conforme a aquellos límites no caben en el supuesto (determinado o indeterminado) de la norma atributiva del poder de dictar el acto, éste estará viciado por inexistencia los motivos que conforme a derecho habilitaban su dictado y en su caso ilegitimidad de los motivos realmente ocurridos. Esta es la segunda hipótesis –más compleja, más sofisticada, si quiere “en sentido amplio”- de falso supuesto de un acto administrativo

VI.

“ABUSO O EXCESO DE PODER”, JUNTO A SU “DESVIACIÓN”, COMO LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD

Un instrumento de técnica jurídica que permite establecer pautas de comportamiento flexibles para los órganos estatales, encausando la discrecionalidad sin eliminarla, consiste en la consagración genérica de ciertos “vicios” como invalidantes de la actividad estatal imponiendo por reflejo la necesidad de comportamientos que eviten su configuración. Esta técnica puede



aplicarse incorporando explícitamente en reglas positivas la definición del vicio de que se trate elaborada por la jurisprudencia y la doctrina, o simplemente incluyendo en las reglas la denominación utilizada por la jurisprudencia y la doctrina, requiriéndose en este caso la remisión a esa previa elaboración para la interpretación de los textos positivos.

Desde la Constitución de 1934, nuestro derecho positivo ha utilizado esta técnica con la incorporación del concepto de “desviación de poder”. En las Constituciones de 1934 (art. 274) y 1942 (art. 271), la inclusión de la denominación se acompañó con una descripción de la figura: serán decisiones ilegales **“aquellas no ajustadas a su finalidad o designio que en derecho configuran el abuso o la desviación de poder”**. En las Constituciones de 1952 y 1967 (art. 309) desapareció la descripción así como la referencia al “abuso”, subsistiendo la inclusión expresa de la denominación “desviación de poder” como un vicio de acto administrativo.

La incorporación de la “desviación de poder a nuestro derecho positivo significó la afirmación positiva de que la actividad administrativa tiene un **fin debido** impuesto por las reglas de derecho, y la consagración también positiva de la regla según la cual la no coincidencia del **fin querido** (intención, designio) con aquél, vicia y hace anulable el acto administrativo.

El Decreto-ley No. 15.524, art. 23 ap. a), reitera el empleo de la misma técnica, agregando a la desviación la referencia al “abuso o exceso poder”. No se encuentra en el texto legal ni en sus antecedentes, una noción de esas figuras; en la Exposición de Motivos de la Comisión de Constitución y Legislación del Consejo de Estado se explicó que la incorporación se realizó “en base a desarrollos doctrinales y jurisprudenciales, para afirmar el alcance de la expresión genérica “contrarios a una regla de derecho”...”²⁶.

Sin embargo, los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales no proporcionan, respecto al “abuso o exceso de poder”, una elaboración y una delimitación conceptuales comparables a las que si se han logrado sobre la desviación de poder.

a) “Abuso” y “exceso” de poder en el derecho comparado.

En el derecho francés el “**exceso de poder**” comprende todos los casos de anulación o “casos de apertura”, y abarca todas las formas de ilegalidad interna y externa, que son en la clasificación tradicional incompetencia, vicio de forma,

²⁶ Diario de Sesiones del Consejo de Estado, N° 571, T. 42, pág. 240

desviación de poder y violación de la ley²⁷. Con ese alcance, “exceso de poder” es simplemente sinónimo de **ilegalidad**²⁸. La “violación de la ley” constituye una categoría residual, en que entran todas las ilegalidades en que entran todas las ilegalidades que no se puedan incluir en las otras aperturas, que tienen en cambio cada una su propia definición; así, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, entran en la violación de la ley (y por allí en el exceso de poder, junto a la incompetencia, el vicio de forma y la desviación de poder): la resistencia o negativa a la aplicación de la ley (comprendiendo todas las reglas de derecho, incluso los principios generales), el error de derecho (norma inaplicable, aplicación de reglamento ilegal, falsa interpretación de la norma) y la inexactitud de los motivos de hecho (comprendiendo el control jurisdiccional de existencia material y de la calificación jurídica de los hechos). No caben en cambio en el exceso de poder y no ingresan por lo tanto en el control jurisdiccional, las apreciaciones científicas o técnicas, ni la apreciación de la gravedad de las faltas y la severidad de la represión, o más genéricamente el control de la proporcionalidad o adecuación de la decisión a los motivos. Sin embargo, cuando están en juego las libertades públicas, y en particular tratándose de medidas de policía, el juez administrativo ingresa en el control de la adecuación de la decisión a los motivos y su proporcionalidad²⁹; y más genéricamente, el **error manifiesto** de apreciación de los motivos configura exceso de poder, siendo tal aquel grosero, flagrante, que salta a la vista sin que sea necesario ser un experto³⁰. Más recientemente, el Consejo de Estado ingresa en el control del balance costos-beneficios provocados por el acto, permitiendo un control de la adecuación de la decisión a sus motivos³¹; este control, que apareció en materia

²⁷ WALINE, Marcel, *Manuel Elémentaire de Droit Administratif*, Paris, 1946, págs. 120 y sgts.; DEBBASCH, Charles, *Institutions Administratives*, París, 1972, págs. 317 y sgts.; RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, París, 1975, págs. 244 y sgts.; VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, París, 1976, págs. 577 y sgts.; CHAPUS, René, *Droit Administratif General*, T. I, París, 1988, págs. 634 a 659; LAUBADERE, André de, VENEZIA, Jean-Claude y GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, T.I, París, 1996, págs. 533 a 551.

²⁸ VEDEL, G., *op. cit.*, pág. 577.

²⁹ LAUBADERE, A. de, VENEZIA, J.C. y GAUDEMET, Y., *Traité ...*, T. I, cit, pág. 547.

³⁰ RIVERO, J., *op. cit.*, págs. 252/257; VEDEL, G., *op. cit.* págs. 592/601; CHAPUS, R., *Droit Administratif...*, T. I, cit, págs. 663 a 669, considerándolo un control limitado a la calificación jurídica de los hechos que incluye el examen de la proporcionabilidad entre la decisión y los hechos que la provocan; LAUBADERE, A. de, VENEZIA, J.C., y GAUDEMET, Y., *Traité ...*, T.I, cit, pág. 548/549, señalando que el error manifiesto de apreciación permite controlar la calificación jurídica de los hechos, y más tímidamente la proporcionalidad de la decisión a los hechos.

³¹ Aunque presentando como un control de adecuación de la decisión a sus motivos, este suele ser más bien un control de proporcionabilidad de la decisión respecto al fin perseguido.



de expropiaciones por causa de utilidad pública y de urbanismo, pero es potencialmente extensible a otras materias, ha sido explicado por algunos autores como la recepción por el derecho Francés de un nuevo principio general de derecho, el “principio de proporcionalidad”³².

En Italia, en cambio, la ley del Consejo de Estado agrupa los vicios de ilegitimidad de los actos administrativos en tres categorías: incompetencia, **exceso de poder** y violación de la ley. En la interpretación de la jurisprudencia y de la doctrina italianas, el exceso de poder comprende vicios relativos a: el fin debido (desviación de poder), los motivos o la motivación (falta de condiciones de hecho, motivos contrarios a derecho, tergiversación de los hechos, motivación inexistente o insuficiente, contrariedad o inadecuación de la motivación respecto a lo dispositivo, motivación lógica o irrazonable), el procedimiento (omisión o irracionalidad del procedimiento), la voluntad (error, violencia y dolo) y casos de ilogicidad manifiesta, contradicción con otros actos emanados del mismo órgano, desigualdad de tratamiento en situaciones iguales, manifiesta injusticia y violación de circulares o criterios de orientación³³.

El “**abuso de poder**” -o “abuso de derecho” al cual naturalmente tiende a asimilarse- ha recibido una atención bastante menor en la doctrina y jurisprudencia administrativas. En Francia, BONNARD sostuvo la posibilidad de configurar el abuso de derecho en Derecho administrativo, como una categoría jurídica especial distinta de todas las especies de ilegalidad, que consistiría en que la decisión tomada en ejercicio de un poder discrecional se presentaría como inútil o excesiva: inútil, porque el fin tenido en vista no podrá realizarse, o excesiva porque el fin podría lograrse por medidas menos rigurosas³⁴. Sin embargo, muchos autores sostienen la identificación, en Derecho

³² CHAPUS, R., *Droit Administratif*, T. I, cit., págs. 671 a 675; LAUBADERE, A. de, VENEZIA, J.C. y GAUDEMET, Y., *Traité...*, T. I, cit., pág. 549/550.

³³ ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, T. I, Barcelona, 1970, págs. 328/336; GIANNINI, Máximo S., *Diritto Amministrativo*, Vol. 1, Milano, 1970, págs. 630/632; GUICCIARDI, Enrico, *La Giustizia Administrativa*, Padova, 1957, págs., 21/23; RANELLETTI, Oreste, *Teoría degli tai amministrativi speciali*, Milano, 1945, págs. 75/84; SANDULLI, Aldo, *Manuale di Diritto Administrativo*, Napoli, 1954, págs. 251/254 y 259; ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto Administrativo*, T. I, Milano, 1947, págs. 240/243, y T. II, Milano, 1946, págs. 140/144.

³⁴ BONNARD, Roger, *Precís de Droit Administratif*, París, 1940, pág. 102 nota 1. Refieren a la posición de BONNARD: MARTÍNEZ USEROS, Enrique, *La doctrina del abuso de derecho y el orden jurídico administrativo*, Madrid, 1947, págs. 120/121; LAUBADERE, A. de, VENEZIA, J.C. y GAUDEMET, Y., *Traité...*, T. I, cit., págs. 635/636, anotando que así entendido, el abuso de derecho no está lejos del principio de proporcionalidad, y que la cuestión de si constituye una categoría distinta de la ilegalidad es todavía discutida. Véase también PRAT, J.A., *De la desviación de poder*, Montevideo, 1976, págs. 132/133.

administrativo, de abuso de derecho y desviación de poder³⁵. La teoría no encuentra sino raras aplicaciones en a jurisprudencia administrativa francesa³⁶. En todo caso, de admitirse la categoría del “abuso de derecho” o “de poder” como un vicio (ilegalidad) del acto administrativo, quedaría incluido dentro del amplio concepto de “exceso de poder” equivalente a ilegalidad, propio del derecho francés. La doctrina italiana no examina el “abuso de poder” como un vicio específico del acto administrativo³⁷. En el derecho británico, suelen incluirse en la “doctrina **ultra vires**” los casos de exceso y de abuso de poder sin distinguir nítidamente entre ambos, así como aquéllos en que se hace algo por motivos erróneos o por procedimientos equivocados³⁸; cuando se pretende distinguir especialmente los casos de abuso de poder, se llega a un concepto que se superpone en gran medida al de “desviación de poder” del derecho continental³⁹.

b) “Abuso o exceso de poder” en el derecho positivo uruguayo.

La conclusión de este sucinto análisis del derecho comparado, es que a diferencia de lo que ocurre con la desviación de poder, no existen en él conceptos asentados y generalmente admitidos de “abuso” y de “exceso” de poder, y que en cada país se elaboran conceptualizaciones de los distintos vicios de los actos administrativos adecuadas a sus propias enumeraciones de vicios adoptadas.

Puesto que nuestro Decreto-ley N° 15.524 contiene una enumeración de causas de anulación no coincidente con las que se encuentran en el derecho comparado y distingue “desviación, abuso o exceso de poder” como tres vicios conceptualmente distintos que se agregan a la “violación de una regla de

³⁵ WELTER, Henri, *Le controle juridictionnel de la moralité administrative*, París, 1929, pág. 103 y sgts., cit. por MARTÍNEZ USEROS, op. cit., págs. 111/112. Véase la doctrina cit. por PRAT, J.A., op. cit., pág. 132, nota 41.

³⁶ JEANNEAU, Benoit, *Les principes généraux de droit dans la jurisprudence administrative*, París, pág. 195; MARTÍNEZ USEROS, E., op. cit., págs. 144/147.

³⁷ GIANNINI, luego de señalar la ambigüedad de las expresiones exceso, desviación, usurpación y abuso de poder, remite la locución abuso de poder al derecho penal (op. cit., T, I, pág. 633).

³⁸ WADE, H.W.R., *Derecho Administrativo*, Madrid, 1971, págs. 77 a 131.

³⁹ HOOD PHILLIPS O. and JACKSON, P., *Constitutional and administrative Law*, London, 1978, págs. 595/607, esp. págs. 599/600: un poder discrecional es abusado o mal usado si es ejercido para un propósito no autorizado, si consideraciones relevantes son dejadas de lado u otras irrelevantes son tomadas en cuenta, si ha sido ejercido de manera que frustre los objetos de la ley, o si se actúa de mala fe para lograr un objeto distinto a aquél para el cual los poderes han sido dados, o maliciosamente, si actúa por animosidad personal.



derecho”, es preciso elaborar los respectivos conceptos adecuados a esta singular enumeración.

En nuestro Derecho público, el abuso y la desviación de poder aparecen en la Constitución de 1934, pero ambas nociones tendían a confundirse⁴⁰.

La supresión de la referencia al “abuso” en la Constitución de 1952 ha permitido la consolidación de concepto de “desviación de poder” acorde con la construcción jurisprudencial y doctrinal.

Las nociones de “exceso de poder” de la jurisprudencia y doctrina comparadas, cuyos contenidos -no coincidentes entre si- caben casi totalmente en nuestras “aperturas” llamadas “violación de una regla de derecho” o “desviación de poder” deben ser descartadas por no concordantes con la enumeración de nuestra ley.

Los “desarrollos doctrinales y jurisprudenciales” a que alude la Exposición de Motivos deben buscarse en la obra de nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo y de los autores que sobre ella han trabajado.

Los términos “abuso” y “exceso” de poder se incorporaron a la jurisprudencia de nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo anterior al Decreto-ley No. 15.524 “Orgánico del Tribunal” utilizados indistintamente para referir a la desproporción en la graduación, dosificación o cuantificación de las sanciones⁴¹.

⁴⁰ JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, La Constitución Nacional, T. X, Montevideo, s/f, págs. 67/68; REAL, Alberto R., “Desviación de poder”, en Estudios sobre Derecho Administrativo, T. II, Montevideo, 1967, pág. 9 y sgts., señalando la confusión de los tres términos: abuso, exceso y desviación de poder.

⁴¹ TRIB. de lo CONT. ADM., sent. N° 381 de 27.IX.1971: “los poderes discrecionales... sólo los podía ejercitar dentro de límites razonables y conforme a una equilibrada valuación de los factores constitutivos de la falta de juicio” (Repert. “Rev. D.J.A.”, T. 72, Montevideo, 1972, pág. 155 y sgts.); en el mismo repertorio: sent. N° 79 de 2.IV.1971, págs. 208/209; sent. N° 108 de 3.V.1971, pág. 212; sent. N° 44, de 12.III.1971, pág. 213; sent. N° 23, de 1.III.1971, pág. 214. También con anterioridad a la “Ley Orgánica”: sent. N° 15 y 286 en Repert. 1974 ed. TCA, págs. 164/165, invocando la racionalidad del uso de la potestad y la proporcionalidad entre motivos y contenido; sent. N° 73, 23.IV.1976, en Repert. ed. TCA, pág. 144: la pena “aparece como ciertamente desproporcionada”, “hubo exceso de parte del jerarca en el ejercicio de sus funciones discrecionales, cayendo en ilicitud... obligando, por ende, al contralor anulatorio del Tribunal”; sents. N° 96, 122, 317 de 1976, en Repert. ed. TCA, págs. 144/145: la dosificación de la sanción es ajena a la jurisdicción del TCA, “salvo casos de abuso o desviación de poder”; sent. N° 34, de 4.V.1979, Repert. ed. Min. de Justicia: “tiene que existir por tanto, una adecuada proporción entre la gravedad de la falta y la entidad de la sanción”; otras sentencias, configurantes de una jurisprudencia vacilante, en Repert. “Rev. D.J.A.”, T. 76, pág. 79/80, N° 2638 al 2650 y pág. 144, N° 3214 a 3217; y en Repert. 1979 ed. Min. de Justicia, págs. 209/210.

La doctrina interpretó esa jurisprudencia, ya como hipótesis de falta de adecuación de lo dispositivo a los motivos, ya como inidoneidad de lo dispositivo en cuanto al fin⁴².

El ámbito del abuso y del exceso de poder viene a ser así, en esas elaboraciones jurisprudenciales y doctrinales, el de las relaciones del contenido dispositivo con sus presupuestos de hecho o motivos y con sus fines⁴³, así como de la coherencia de supuestos y fines.

c) Adecuación del contenido dispositivo al supuesto de hecho.

La adecuación razonable de lo dispositivo a los motivos como requisito de legitimidad, encarada por el Tribunal fundamentalmente en materia de sanciones disciplinarias, constituye sin duda un criterio generalizable. La jurisprudencia fue al principio vacilante⁴⁴, pero en los últimos años ha afirmado constantemente su control sobre la limitación razonable en el ejercicio de los poderes en relación a los motivos y la proporcionalidad entre motivo y contenido del acto como requisito de su legitimidad principalmente en materia disciplinaria⁴⁵, pero también fuera de ella⁴⁶.

El contenido dispositivo del acto imputa la consecuencia jurídica teniendo en cuenta el supuesto de hecho considerado; por lo tanto, la consecuencia jurídica

⁴² GIANOLA MARTEGANI, Ariel, Los límites de la potestad disciplinaria: razonable adecuación de la sanción a la falta, y FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, Control de la discrecionalidad administrativa, principios generales de derecho y abuso de poder, ambos en "Rev. D.J.A.", T. 72, Montevideo, 1972, págs. 155 y sgts., ambos anotando la sent. Del TRIB. de lo CONT. ADM. N° 381 de 27.IX.1971.

⁴³ La idoneidad del contenido dispositivo respecto al fin debido, de alto interés teórico y práctico, queda fuera del tema de esta ponencia.

⁴⁴ Véase GIANOLA MARTEGANI, A., Los límites de la potestad disciplinaria: razonable adecuación de la sanción a la falta, cit., y luego del mismo autor: Nuevamente sobre el control del grado de la sanción, en "Rev. D.J.A.", T. 73, Montevideo, 1973, pág. 150 y sgts., anotando ahora sentencia contraria.

⁴⁵ Sents. de 1991 y 1992, en anuario de Derecho Administrativo, T. V, Montevideo, 1996, N° 142, 224, 422, 424, 426, 429, 430, 483 a 486, 488 a 495. Sentencias de 1993 y 1994, en Anuario de Derecho Administrativo, T. VI, Montevideo, 1998, N° 267 a 289, 327 a 333. Sentencias de 1995, en Anuario de Derecho Administrativo, T. VII, Montevideo, 1999, N° 145, 146, 150 Y 151.

⁴⁶ Sentencias de 1991 y 1992, en Anuario..., T. V, cit., N° 128, 131, 140, 487, 974, 977 y 978. Sentencias de 1993 y 1994 en Anuario..., T. VI, cit., N° 77, 84, 85, 633, 634, 636 y 637.



debe ser adecuada al supuesto⁴⁷. Esa adecuación -y su falta o inadecuación- pueden ser apreciadas desde los puntos de vista cualitativo o cuantitativo.

Cualitativamente, ciertos supuestos ameritan determinadas consecuencias y no otras: una infracción disciplinaria amerita una sanción, no un ascenso; una enfermedad amerita una licencia, no una sanción. La inadecuación cualitativa puede apreciarse por el resultado que la medida tomada produce o producirá ciertamente en relación con sus motivos (por ejemplo, con motivo de una epizootia, se dispone el encierro de los animales en galpones, pero se demuestra científicamente que tal medida está contraindicada porque facilita el contagio); en ese caso, la inadecuación al motivo coexiste por hipótesis con la inidoneidad en cuanto al fin.

La apreciación **cuantitativa** de la adecuación es posible, no sólo cuando la consecuencia jurídica es cuantificable (una multa, una suspensión), sino también cuando diversas consecuencias posibles, aunque de distinta naturaleza, son de alguna manera cuantitativamente comparables (por ejemplo la destitución es **más grave** que una suspensión o una multa). La adecuación cuantitativa se traduce en la **proporcionalidad** del contenido dispositivo a la circunstancia de hecho.

La inadecuación cualitativa o cuantitativa puede resultar de e circunstancias temporales, porque un mismo contenido dispositivo puede ser adecuado al motivo –oportuno- en un momento y dejar de serlo en otro.

Al valorar la adecuación del contenido dispositivo del acto a sus supuestos según criterios de razonabilidad, el órgano jurisdiccional no afecta la discrecionalidad de la Administración, sino que hace valer sus límites jurídicos externos; porque la discrecionalidad consiste en a posibilidad de elegir libremente,

⁴⁷ En la doctrina y en la jurisprudencia extranjera, puede verse: Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, sent. De 22.VI.1960, caso del Cine Callao (en relación con la constitucionalidad de la ley), en GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, T. II, Buenos Aires, 1975, págs. XII-35/50; DURAN MARTINEZ, Augusto, Proporcionalidad de la falta y la sanción comentando jurisprudencia del Consejo de Estado Francés sobre el error manifiesto de apreciación, en “Rev. Urug. De Estudios Administrativos” N° 1/1980, Montevideo, págs. 127 y sigas.; GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T. R., Curso de Derecho Administrativo, T. I, cit., págs., 462/463, refiriendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo; GIORGI, Héctor, “Invalidez del acto administrativo que impone obligaciones de cumplimiento imposible”, en Escritos Jurídicos, Montevideo, 1976, pág. 266; GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, T. III, Buenos Aires, 1979, págs. VIII-14/16; LINARES, Juan Francisco, Razonabilidad de las leyes, Buenos Aires, 1970, pág. 151; SAYAGUES LASO, E. Tratado..., T. I, cit, pág. 341 nota 4.

entre todas las soluciones admitidas por derecho para satisfacer el interés público confiado al órgano, aquella que sea a su criterio más oportuna o conveniente; pero si la Administración opta por un contenido probadamente inadecuado al supuesto, no ha elegido una solución jurídicamente aceptable y ha lesionado los límites legales de su discrecionalidad. Al constatarlo, el órgano jurisdiccional no sustituye a la Administración en la elección; no aplica criterios de buena administración que permitan elegir entre varios contenidos dispositivos adecuados al supuesto, el que lo es más; aplica sí una norma jurídica que impone el deber de decidir con adecuación razonable al supuesto y comprueba su violación. Descartado ese contenido dispositivo ilegítimo, la Administración conserva su libertad para elegir entre todos los posibles, aquel que entienda más oportuno o conveniente. Habrá demérito no configurante de ilegitimidad, en cambio, cuando entre varios contenidos dispositivos adecuados al supuesto, no existiendo regla de derecho aplicable a la opción, se opte por alguno que lo sea en menor grado⁴⁸.

d) Coherencia entre supuesto de hecho y fin. Supuesto de hecho o “motivo” y fin también están estrechamente relacionados.

El supuesto, en principio, determina el fin de la actividad; a cierto supuesto corresponde cierto fin, en cuanto el fin será siempre influir sobre la circunstancia de hecho existente, ya sea para consolidarla o fomentarla, ya sea para modificarla, desestimularla, suprimirla o evitar su repetición⁴⁹.

Ciertas circunstancias de hecho imponen un fin único y necesario (por ejemplo, ante una epidemia, e único fin posible es combatirla); en esos casos, la circunstancia de hecho determina el fin.

En cambio, otras circunstancias de hecho admiten fines alternativos (por ejemplo, la regulación de la producción de cierto bien puede procurar

⁴⁸ El control del balance costos-beneficios causados por el pacto, como hipótesis del exceso de poder, en que ingresa recientemente el Consejo de Estado Francés, limita a un ámbito aun más reducido la cuestión de mérito: LAUBADERE, A. de, VENEZIA, J.C. y GAUDEMET, Y., *Traité...*, T. I, cit., págs. 549/550.

⁴⁹ “Bajo el aspecto de la voluntad psíquica, motivos y fines son como los términos de una misma ecuación. Porque hay ciertos motivos se procura o pretende cierto fin o fines” (LINARES, Juan F., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1975, pág. 252); “...las finalidades de una acción no pueden determinarse sino en función de las circunstancias (motivos) que la originan. Para salir de estas circunstancias, se determinan fines a seguir y éstos no pueden comprenderse plenamente si no se los relaciona con tales circunstancias que las motivaron” (LINARES, J.F., *Razonabilidad de las leyes*, cit., págs. 134/135).



incrementarla, mantenerla o reducirla). En este caso, al optar por uno de los fines alternativos coherentes con la circunstancia de hecho, el órgano actuante debe elegir también los medios -ejercicio de potestades- idóneos para ese fin y para ello debe incluir (por supuesto, si es jurídicamente posible) la circunstancia de hecho en el supuesto normativo de la regla de derecho que confiere esa potestad elegida (por ejemplo, aplicará la norma que le confiere la potestad de fijar cuotas máximas de producción, o por el contrario otra que le confiere la de establecer subsidios a la producción). Aquí, entonces, el condicionamiento es circular la circunstancia de hecho delimita el abanico de fines posibles, y el fin elegido entre ellos condiciona la potestad a ejercer y por allí determina la inclusión de la circunstancia de hecho en uno u otro supuesto normativo.

En todo caso, cualquiera sea el sentido del condicionamiento “motivo” y fin aparecen como dos elementos íntimamente relacionados⁵⁰.

VII. DELIMITACION DE LOS CONCEPTOS DE “ABUSO” Y “EXCESO” DE PODER

“Abuso” y “exceso” de poder han quedado así ubicados en el terreno común de las relaciones entre supuesto, contenido y fin del acto administrativo. Pero de los antecedentes “parlamentarios” del Decreto-ley No. 15.524 resulta que ambos conceptos no fueron considerados equivalentes⁵¹.

El Derecho administrativo comparado no proporciona un criterio cierto que permita delimitar los conceptos de “exceso” y “abuso” de poder. En cada país, la jurisprudencia y la doctrina elaboran nociones adecuadas a las distintas enumeraciones de vicios adoptadas.

⁵⁰ Esto explica que –como ya se señaló- un mismo caso haya podido ser interpretado por dos autores, uno como hipótesis de falta de adecuación a los motivos, y otro como idoneidad en cuanto al fin, y ambos acertadamente: GIANOLA MARTEGANI, Ariel, Los límites de la potestad disciplinaria: razonable adecuación de la sanción a la falta, y FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, Control de la discrecionalidad administrativa, principios generales de derecho y abuso de poder, cit., ambos anotando la sent. del TRIB. de los CONT. ADM. N° 381 de 27.IX.1971.

⁵¹ De la exposición en plenario del Miembro Informante Consejero ESTEVA resulta que “abuso” y “exceso” de poder no fueron considerados como sinónimos: “era menester mencionar expresamente en este artículo tres supuestos intelectualmente distinguibles, como lo son el abuso, la desviación o el exceso de poder” (Diario de Sesiones del Consejo de Estado, N° 571, T. 42, pág. 257).

El sentido natural y obvio y aun el técnico de los términos “abuso” y “exceso” tampoco ayudan a esa delimitación⁵². En Derecho privado, el concepto de “abuso de derecho” suele asimilarse al control sobre los motivos ilícitos o sobre el fin debido de la Actividad⁵³, similares a los del Derecho público; cuando se pretende distinguir el “abuso” del “exceso”, la separación dista de ser nítida⁵⁴.

Cuando los términos “abuso” y “exceso” se incorporaron a la jurisprudencia de nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo anterior al Decreto-ley No.15.524 “Orgánico del Tribunal”, fueron utilizados indistintamente para referir a la desproporción en la graduación, dosificación o cuantificación de las sanciones⁵⁵; pero se trató en general de referencias incidentales, sin que pueda

⁵² “Abusar”, según la Real Academia Española, es, “usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien” (Diccionario de la Lengua Española, T. I, Madrid, 1992). Para COUTURE, “abuso” es “exceso o demasía indebidos en la realización de un acto” (Vocabulario jurídico, Buenos Aires, 1988).

⁵³ BETTI, E. Teoría General..., cit., pág. 287; GAMARRA, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, T. XIX, vol. 1, Montevideo, 1981, págs. 205/218; VESCOVI, Enrique, “La responsabilidad derivada de la actuación en juicio en el derecho uruguayo”, en Estudios Jurídicos en memoria de Amézaga, Montevideo, 1958, pág. 547 y sgts., en esp. Págs. 552/554, 561 y 565.

⁵⁴ La confusión arranca del propio Código Civil, que define el “abuso de derecho” acudiendo a la idea de “exceso de su parte” (art. 1321). Véase la acertada crítica de GAMARRA a la tesis que distingue el “exceso” del “abuso” porque en aquel se actuaría sin derecho (Tratado..., T. XIX, vol. 1, cit., págs. 199/201), crítica que alcanza al criterio de PEIRANO FACIO, para quien el abuso consiste en una actuación “formalmente lícita pero sustancialmente ilícita” (Responsabilidad extracontractual, Montevideo, 1954, pág. 297). GAMARRA acude a la distinción de límites externos y límites internos del contenido del derecho subjetivo, consistiendo los límites internos en un control jurisdiccional de la justa causa, los motivos y el fin lícitos de la actividad (Tratado..., T. XIX, vol. 1, cit., págs. 205/218).

⁵⁵ En la jurisprudencia del Tribunal anterior al año 1984 en que se promulga la “Ley Orgánica” que incorpora la mención de “abuso o exceso de poder” como vicios diferentes del acto administrativo, hablaron de “exceso” o términos similares, en el ejercicio de la potestad de sancionar, las siguientes sentencias del TRIB. de lo CONT. ADM.: N° 99, de 19.VI.1969, Repert. “Rev. D.J.A.”, T. 69, pág. 292; N° 44 de 12.III.1971 y N° 381 de 27.IX.1971, en repert. “Rev. D.J.A.”, T. 72, pág. 213 y 154; N° 211 de 8.X.1975, N° 217 de 13.X.1975, N° 73 de 23.IV.1976, en Repert. “Rev. D.J.A.”, T. 76, pág. 80; N° 190 de 5.IX.1979, N° 233 de 14.IX.1979, y N° 216 de 14.IX.1979, todas en Repert. ed. Min. de Justicia, pág. 209/210 y 135. En esa misma jurisprudencia, hablaron en cambio de “abuso” o expresiones similares: N° 44 de 12.III.1971, Repert. “Rev. D.J.A.”, T. 72, pág., 213 (utiliza ambas expresiones); N° 323 de 22.XII.1975, N° 122 de 21.VI.1976, N° 317 de 30.XII.1976, N° 158 de 4.VIII.1976, N° 41 de 18.IV.1977, en Repert. “Rev. D.J.A.”, T.76, págs. 80 y 144; y N° 25 de 18.IV.1979, N° 208 de 10.IX.1979, N° 297 y 317 de 31.X. 1979, en Repert. ed. Min. de Justicia, págs. 209, 136 y 143.



encontrarse en esa jurisprudencia una elaboración conceptual⁵⁶, que sí fue intentada por la doctrina desde distintos puntos de vista⁵⁷.

Los “desarrollos doctrinales y jurisprudenciales” a que alude la Exposición de Motivos no permiten entonces distinguir, dentro de su ámbito común, cual es el recinto del “abuso” y cual el del “exceso”. Claro que no hay que dar a esta cuestión más importancia que la que realmente tiene. No existe diferencia alguna en la regulación de ambas figuras ni en sus consecuencias. Admitido que ciertas irregularidades caen bajo el epígrafe “abuso o exceso de poder”, el deslinde de ambos conceptos es, en principio y por ahora, problema sin trascendencia práctica.

La verdadera trascendencia de la incorporación de ambos conceptos a la ley estriba en la afirmación por texto expreso de que las cuestiones de adecuación del contenido dispositivo a los motivos, de su idoneidad en cuanto al fin, así como la coherencia entre motivos y fines que debe resultar de su común vinculación con el contenido dispositivo, atañen a la legitimidad y no al mérito de la actividad administrativa. Esta afirmación legal debe pues aventar definitivamente toda vacilación jurisprudencial al respecto.

A partir de allí la consolidación y especificación de las nociones ha de ser necesariamente -al decir de GIANNINI- obra de tiempo⁵⁸. Aparecen en principio como posibles dos deslindes dentro del ámbito común a ambas figuras:

⁵⁶ En las contadas ocasiones en que se intentó un análisis del vicio, se lo encaró como desproporción entre la sanción y la falta, es decir, como atinente a la adecuación del contenido dispositivo a los motivos; llamándole ya “exceso” (sents. 44/971; 323/975 y 41/977).

⁵⁷ Explicando esa jurisprudencia, ya como cuestión de adecuación contenido-motivos, ya como cuestión de idoneidad contenido-fin; véase la doctrina ya citada supra: GIANOLA MARTEGANI, A., Los límites de la potestad disciplinaria: razonable adecuación de la sanción a la falta, cit., y del mismo autor: Nuevamente sobre el control del grado de la sanción, cit.; FRUGONE SCHIAVONE, H., Control de la discrecionalidad administrativa, principios generales de derecho y abuso de poder, cit., y del mismo autor: La discrecionalidad administrativa “Rev. de la Fac. de Der. Y C. Soc.”, Año XXVI, N° 1; CAJARVILLE PELUFFO, J.P., “El poder Ejecutivo como conductor de políticas sectoriales...”, cit.; BRITO, Mariano, De la naturaleza y objeto del control a cargo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, “Rev. D.J.A.”, T. 73, Montevideo, 1973, De la razonabilidad del acto administrativo: la cuestión de su contralor jurisdiccional anulatorio, “Rev. de la Fac. de Der. y C. Soc.” Año XXIII, N° 3-4, Montevideo, 1975 y “La aptitud del acto administrativo para el fin debido: supuesto de principio en que reposa la discrecionalidad”, en Estudios de Derecho Administrativo, Publicación en homenaje del centenario de la creación de la Cátedra, T. II, Montevideo, 1979, págs. 29 a 42.

⁵⁸ Sin embargo, el TRIB. de lo CONT. ADM. parece no considerar pertinente el deslinde conceptual entre “abuso” y “exceso” de poder, porque sigue utilizando indistintamente ambas denominaciones para referirse a la misma situación: la inadecuación entre el supuesto de hecho y el contenido resolutorio, fundamentalmente en materia de sanciones

- a) el “abuso de poder” consistiría en la inidoneidad del contenido dispositivo en cuanto al fin⁵⁹; el “exceso de poder”, en la inadecuación del contenido dispositivo a sus motivos; así delimitados, el “abuso de poder” sería ajeno a la falsedad de los supuestos, que quedaría confinada en el “exceso de poder”;
- b) el “abuso de poder” consistiría en la inadecuación **cuantitativa** de la disposición a los motivos o en la inidoneidad **cuantitativa** de la disposición en cuanto al fin⁶⁰; el “exceso de poder”, en la inadecuación o inidoneidad **cualitativas**.

En la opción, parece preferible la segunda posibilidad, porque permite un deslinde más nítido de ambas figuras, no sólo en teoría sino en su configuración concreta. Como ya se ha explicado, la inadecuación motivos-contenido y la inidoneidad contenido-fin no siempre son prácticamente discernibles y muchas veces una implica la otra o se detecta o reconoce a través de la otra, lo que llevaría a que muchas veces, de admitirse el primer criterio, “abuso” y “exceso” de poder se confundirían (véase **supra**, VI, ap. d).

Con el criterio que se propone, en los casos de **exceso de poder** se actuaría objetivamente *sin motivo*, porque las circunstancias de hecho no pueden conducir a la resolución tomada; o bien objetivamente *sin procurar el fin debido*, porque la resolución tomada no ha producido ni producirá ciertamente un resultado coincidente con él. En cambio, en los casos de **abuso de poder**, el motivo existe pero la resolución, adecuada por naturaleza, es cuantitativamente desproporcionada al motivo; o bien el fin que se logrará es el debido, pero podría obtenerse igualmente con una medida cuantitativamente menos gravosa o lesiva.

Marzo de 2000.

disciplinarias. Así, habla de “abuso de poder” en sentencias de 1991 y 1992 (Anuario..., T. V, cit., N° 224, 484 Y 489), y de 1993 y 1994 (Anuario..., T. VI, 269, 275, 287 Y 330); y en cambio se refiere a “exceso de poder” en sentencias de 1991 y 1992 (Anuario... T. V, cit., N° 426, 486, 488, 490, 491 y 974), de 1993 y 1994 (Anuario... T. VI, cit., N° 267, 282, 327, 329, 331, 332 y 333) y de 1995 (Anuario..., T. VII, cit., N° 145 y 151). En la sent. N° 875 de 5.VIII.1992 utilizó expresamente “exceso o abuso en el ejercicio de esa potestad” como sinónimos (Anuario..., T. V, cit., N° 429).

⁵⁹ Es el concepto de BONNARD y FRUGONE.

⁶⁰ MARTINEZ USEROS (op. cit., pág. 32) distingue el abuso de derecho de los casos de ausencia o falta de derecho, según se lesionen los límites cuantitativos o cualitativos de los derechos.

EL FALSO SUPUESTO

EL FALSO SUPUESTO

Miguel Mónaco Gómez

Abogado y Especialista en Derecho Administrativo, UCAB.

Maestría en Leyes, Temple University.

Profesor de la Cátedra de Prácticas de

Derecho Administrativo UCAB

1.- Introducción

El falso supuesto ha sido tratado en numerosas decisiones de nuestros Tribunales y Cortes en lo contencioso administrativo y en distintas obras y monografías de reconocidos autores nacionales. En todos esos textos se encuentra una definición más o menos homogénea del concepto del falso supuesto en sus dos manifestaciones, de hecho y de derecho. Sin embargo, resalta que aún en la actualidad existen discrepancias sobre su calificación como vicio de nulidad absoluta o nulidad relativa, así como algunas dudas sobre las circunstancias en las cuales éste ocurre.

La presente monografía está destinada a establecer y clarificar los asuntos antes referidos. Mediante ella señalaremos cómo el vicio del falso supuesto ha sido calificado por la más reconocida jurisprudencia como un vicio de nulidad absoluta y de qué forma nuestro Máximo Tribunal de la República lo ha encuadrado dentro del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (“LOPA”). Asimismo, estableceremos en qué situaciones éste se presenta con especial referencia al procedimiento administrativo que precede al acto que adolezca del vicio del falso supuesto.

2.- Breve referencia a la causa en los actos administrativos

Para comenzar el presente estudio debemos hacer una breve referencia al elemento causal pues es allí donde el falso supuesto se produce. Durante algún tiempo la doctrina se debatió sobre la presencia del elemento causal en los actos dictados por la Administración. Autores como GIANNINI llegaron a negar su existencia en este ámbito por considerar que ésta existiría, con algunos matices, en el campo de las relaciones contractuales entre particulares. Sin embargo, tal discusión se encuentra hartamente superada en la actualidad, al punto que la doctrina reconoce a la causa como un elemento esencial del acto administrativo. En todo caso, siempre habrá que mantener presente el carácter

autónomo de la causa en el Derecho Administrativo, razón por la cual algunos autores como SAYAGUÉS LASO prefieren llamarla “motivo” a los efectos de establecer de forma expresa una distinción con el concepto de causa en el Derecho Privado¹.

La causa en el ámbito del Derecho Administrativo se encuentra indisolublemente ligada a las circunstancias concretas que motivan la actividad administrativa. En efecto, la causa se encuentra compuesta en cada caso por los hechos que justifican la actuación de la Administración. En otras palabras, es el *por qué* de su actividad. Conforme a ello, siguiendo a GARRIDO FALLA, podemos afirmar que la causa son todos aquellos hechos jurídicamente relevantes que permiten y obligan, a la vez, la actuación de la Administración en un sentido determinado².

Establecido en qué consiste en nuestro criterio la causa del acto administrativo, resulta pertinente referirnos al vicio del falso supuesto.

3.- Sobre el concepto del vicio de falso supuesto

Siguiendo a la doctrina y a la jurisprudencia, el falso supuesto sucede cuando la Administración se fundamenta en hechos inexistentes o que ocurrieron de manera distinta a como fueron apreciados por ésta al dictar un acto administrativo, así como cuando la Administración se fundamenta en una norma que no le es aplicable al caso concreto. Tal definición comprende las dos formas a través de las cuales se manifiesta el falso supuesto, a saber, el falso supuesto de hecho y el falso supuesto de derecho, a las cuales nos referiremos a continuación.

3.1.- Falso Supuesto de Hecho

El falso supuesto de hecho ocurre cuando la Administración fundamenta su actuación en hechos que nunca ocurrieron o que sucedieron de manera distinta a como fueron apreciados por la Administración. De esta forma, el falso supuesto de hecho consiste en la falta de correspondencia entre las circunstancias fácticas invocados por la Administración y los hechos que realmente ocurrieron en la realidad, lo cual conlleva, también, a que no se correspondan tales hechos invocados con el supuesto de hecho de la norma en la cual la Administración funda su actividad.

¹ Cfr. SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, Montevideo, 1963. 446-447

² Cfr. *Ib.* 464.



Debe señalarse que, para que se configure este tipo de falso supuesto, la falta de correspondencia entre los hechos invocados y el supuesto de hecho de la norma debe ocurrir respecto a los hechos esenciales sobre los que se funda la Administración para dictar su decisión, pues de lo contrario el vicio como tal no se configurará. Al respecto, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha señalado:

“(…) De modo que para que pueda invalidarse una decisión administrativa por falso supuesto, es necesario que resulte totalmente falso el supuesto o los supuestos que sirvieron de fundamento a lo decidido. Cuando la falsedad es sobre unos motivos, pero no sobre el resto, no puede decirse que la base de sustentación de la decisión sea falsa. Por el contrario, la certeza y la demostración del resto de los motivos impiden anular al acto, porque la prueba de estos últimos llevan a la misma conclusión. En concreto, cuando resultan inciertos determinados motivos, pero sin embargo, la veracidad de los otros permiten a los organismos administrativos adoptar la misma decisión, no puede hablarse de falso supuesto como vicio de ilegalidad de los actos administrativo”³.

Así, el falso supuesto de hecho requerirá que el falseamiento de los hechos condujera a la Administración a tomar una decisión distinta a la que hubiese sucedido si ello no se hubiera producido. Este requisito puede ser asumido, en nuestro criterio, como el *test* necesario para determinar en un caso concreto si se configuró o no el vicio del falso supuesto. En efecto, el sentenciador se encuentra en la obligación de revisar si el falseamiento en los hechos alteró el resultado del proceso cognitivo y volitivo de la Administración de forma tal que lleva a producir un resultado distinto al que la realidad obligaba.

En la revisión o *test* que hemos propuesto no resulta para nada relevante la intención de la Administración ya que, siguiendo a MEIER, podemos afirmar que el falso supuesto es un vicio de naturaleza netamente objetiva en el cual las razones subjetivas que participen en éste carecen de importancia⁴.

Conforme a lo anterior el falso supuesto ocurre en los siguientes casos:

³ Sentencia del 7 de noviembre de 1985, caso CAVELBA.

⁴ Cfr. MEIER, Enrique. *Teoría de las Nulidades en el Derecho Administrativo*. Editorial Alva, Caracas, 1991, 259.

1.- Inexistencia de los hechos

Como su nombre lo indica este caso de falso supuesto ocurre cuando no existen los hechos que la Administración invocó para dictar el acto administrativo. Son muchos y evidentes los ejemplos que podemos citar, sanciones a funcionarios sin que se haya cometido falta alguna, resolución de contratos de concesión sin que haya mediado el incumplimiento invocado por la Administración.

Ahora bien, esta causa de falso supuesto encierra un problema específico que ocurre cuando se alega que los hechos invocados por la Administración deben tenerse por inexistentes en virtud de no haber sido probados durante el procedimiento administrativo. Ciertamente, la decisión de la Administración debe encontrar debidamente probado en el expediente administrativo, de lo contrario debe considerarse inexistente a estos efectos. Sin embargo, vemos con suma preocupación que algunos órganos y entes administrativos, a pesar del deber legal que poseen y que les obliga a decidir de acuerdo a los elementos probados en el expediente administrativo, insisten en valerse de informaciones que carecen de valor probatorio y que fueron llevadas a los autos sin el debido control y contradicción de los interesados constituidos en el procedimiento, con lo cual tales entes incurrir –sin duda alguna- en un falso supuesto de hecho.

Son varias las circunstancias que –lamentablemente- suceden en este sentido y que conllevan forzosamente a la nulidad de numerosos actos administrativos, tales casos, en nuestro criterio, son:

- (i) **Pruebas que contradicen el “Principio de Alteridad de la Prueba”:** El Principio de Alteridad de la Prueba consiste en que nadie puede fabricar sus propias pruebas. Ahora bien, a pesar de ser uno de los principios básicos del Derecho Probatorio, vemos con suma preocupación que en aquellos procedimientos administrativos donde participan varios administrados con intereses contrapuestos, la Administración les otorga valor probatorio a pruebas que son claramente creadas por éstos.

En oportunidades nos encontramos con procedimientos que la ley ordena iniciar a instancia de parte interesada en los cuales se le imponen a los administrados determinadas cargas probatorias, sin cuyo cumplimiento el procedimiento no puede iniciarse. Sin embargo, hemos advertido que algunas solicitudes se encuentran ausentes de pruebas válidas por haber sido fabricadas éstas por el propio solicitante. En efecto, ocurre que el solicitante acompaña como pruebas cuadros con cifras que el mismo



ha producido, pretendiendo que por el sólo hecho de ser acompañadas como anexos a la solicitud, y de forma distinta a la formulación de un alegato, tienen el carácter de prueba. Tales cuadros sólo sirven para aportar informaciones que no tienen el carácter de prueba. Por tal razón, cuando la Administración se fundamenta en dichas informaciones para sostener que existe prueba suficiente de los elementos requeridos para iniciar una investigación, se está incurriendo en un falso supuesto de hecho.

- (ii) **Pruebas producidas sin el debido control y contradicción:** Otro caso que ocurre con suma frecuencia y que conlleva a que se configure el vicio del falso supuesto se presenta cuando la Administración se fundamenta en una prueba producida sin el debido control y contradicción de los interesados que intervienen en el procedimiento administrativo. Ello se presenta, por ejemplo, cuando la Administración fundamenta su decisión en deposiciones de testigos en las cuales no se ha permitido a los interesados el derecho de repregunta o en documentos emanados de terceros que no han sido ratificados por estos últimos en el procedimiento. Un caso que merece nuestra atención es el que deviene de las labores de fiscalización realizadas por la Administración antes de la iniciación del procedimiento administrativo mismo, durante las cuales sólo se llevan a cabo actividades de constatación o recopilación de información. Así, los Municipios realizan inspecciones en terrenos de origen ejidal que fueron vendidos a particulares para realizar desarrollos urbanísticos, ello con el objeto de constatar si estos últimos le han dado el uso a los terrenos para el cual se comprometieron en el contrato de venta. Si el resultado de la inspección es que existe un incumplimiento del contrato de venta, en virtud de la ausencia de desarrollo alguno, se procede a abrir el procedimiento administrativo correspondiente. Suele en estos casos ocurrir, que la Administración Municipal declara la resolución unilateral del contrato basada únicamente en la inspección que practicó sin la notificación y presencia si quiera del interesado afectado, con lo cual se está tomando la decisión en función de una prueba obtenida sin el debido control y contradicción y, en consecuencia, produciéndose un falso supuesto de hecho.

Otro buen ejemplo es en nuestro criterio lo relativo a los cuestionarios que son enviados a terceros a los efectos de recopilar información sobre una circunstancia o conducta presuntamente contraria a la ley. Tales cuestionarios remitidos por terceros no afectados directamente por la investigación son -en nuestro criterio- simples dichos que no

pueden ser considerados pruebas a los efectos de una decisión, a menos que hayan sido sus declaraciones ratificadas dentro del procedimiento, permitiéndose a los interesados realizar la respectiva repregunta. De lo contrario, la Administración no podrá fundamentarse en éstos para dictar su decisión.

El problema en estos casos surge de la confusión en que incurre la Administración entre la actividad que realiza para recopilar información y lo que es, en realidad, su actividad probatoria. Las informaciones que obtiene la Administración a través de las simples averiguaciones que realice no pueden ser consideradas como pruebas de forma automática, éstas sólo son datos que guían su actividad, pero que para ser valoradas en su decisión deben haber sido debidamente comprobadas.

Para finalizar este aspecto deseamos advertir que no se trata de trasladar pura y simplemente al procedimiento administrativo los principios y reglas probatorias que rigen en el proceso civil, pero, tampoco se debe olvidar que, por mandato expreso del artículo 58 de la LOPA resultan plenamente aplicables al procedimiento administrativo los medios probatorios consagrados en el Código de Procedimiento Civil, con las atenuaciones propias que rigen en materia administrativa relativas a *–inter alia–* la no preclusividad de los lapsos para la presentación de alegatos y pruebas (artículo 62 LOPA) y a la búsqueda de la verdad material por encima de la formal. Ello ha sido ratificado expresamente por la Sala Político Administrativa en su sentencia del 16 de enero de 1997, caso Corporación Capi, C.A.

2.- Errada apreciación de los hechos

Este es el caso cuando la Administración aprecia los hechos de una manera diferente a como realmente ocurrieron y, en consecuencia, procede a subsumirlos en un supuesto de hecho que no se corresponde con la norma que aplica al caso concreto. En esta oportunidad, se encuentran probados en el expediente administrativo los hechos relevantes a la decisión, sin embargo, la Administración efectúa una interpretación trastocada de los mismos.

Esta situación se presenta a menudo en la actividad administrativo-sancionatoria cuando la Administración procede a subsumir una falta en un supuesto de hecho de una norma que regula una situación distinta y, por lo tanto, aplica una sanción diferente a la debida. Así ha ocurrido en casos en los cuales el extinto Consejo



de la Judicatura calificaba una conducta determinada como una falta grave y ordenaba, entonces, la destitución del Juez, mientras existía una norma que preveía expresamente para esa falta la sanción de suspensión⁵. En oportunidades como éstas el falso supuesto es fácil de determinar porque la existe una norma que regula expresamente el supuesto de hecho que se adecua a las circunstancias probadas en el expediente administrativo, lo cual sirve por sí mismo para demostrar que la Administración erró al calificar los hechos.

Mayor dificultad aparece cuando la norma prevé un supuesto de hecho amplio dentro del cual la Administración debe calificar los hechos a los efectos de imponer la sanción que se corresponda a éstos. Allí la Administración deberá apreciar y valorar los hechos a los efectos de determinar la gravedad que éstos revisten. En esta oportunidad, el falso supuesto ocurrirá si la Administración califica unos hechos como graves, cuando en realidad no poseían tal carácter. Sin embargo, en este caso la prueba del falso supuesto revestirá obviamente mayor dificultad cuando no existan patrones que sirvan para probarlo.

Ahora bien, la apreciación y la calificación los hechos se encuentra estrictamente relacionado con el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración, lo cual, adicionalmente, lleva consigo el problema del control por parte del Juez contencioso administrativo. Sobre este particular, GARRIDO FALLA señala que la Administración puede ser fiscalizada en la apreciación y calificación de los hechos, salvo por lo que se refiere a la llamada discrecionalidad técnica y a la oportunidad de la medida. Compartimos con el reputado autor por lo que se refiere a la oportunidad de la medida, sin embargo, diferimos de él en lo relativo a la discrecionalidad técnica, por cuanto la Administración puede ser controlada en la valoración técnica que haga de unos hechos. La discrecionalidad técnica es un concepto creado por la doctrina italiana que se corresponde a lo que entendemos en nuestro sistema legal como conceptos jurídicos indeterminados, lo cual es claramente distinto al concepto de discrecionalidad dado que en los conceptos jurídicos indeterminados sólo existe una solución posible en el caso particular⁶. De allí que, el Juez si pueda determinar si la Administración incurrió en un falso supuesto en éstos casos.

Finalmente, debemos comentar el supuesto que MEIER denomina la *Tergiversación en la interpretación de los hechos*, en el cual según el autor

⁵ Cfr. Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia N° 104 del 13 de marzo de 1997, Caso Antonio José Meneses Díaz.

⁶ Cfr. SANDULLI, Aldo. «Manuale di Diritto Amministrativo», Napoli, 1964, Págs. 573 y sgtes.

se mezcla el abuso y la desviación de poder pues en este caso el error en la apreciación y la calificación de los hechos se efectúa “intencionalmente” con el objeto de forzar la aplicación de una norma a circunstancias que no regula. Para MEIER la tergiversación en la interpretación de los hechos es el caso extremo de error en la apreciación y calificación de los hechos. Con el debido respeto que nos merece la magnífica obra en la cual el autor expone tal opinión, consideramos que ésta categoría es inútil pues como el mismo MEIER afirma la intención de la Administración no es relevante a los fines de la configuración del falso supuesto y, por lo tanto, si fue deliberada o no la errada calificación de los hechos sólo será importante a los fines de demostrar la desviación de poder.

3.- Sobre el silencio de prueba como causal del falso supuesto

Dentro del falso supuesto en la Casación Civil se encuentra el llamado “silencio de prueba” que ocurre cuando el Juez (i) omite en forma absoluta toda constatación sobre una prueba existente en autos y (ii) cuando deja constancia de la prueba, más no la analiza⁷. Dicha figura no debe ser trasladada pura y simplemente al campo del Derecho Administrativo por cuanto el acto administrativo no puede ser asimilado a una sentencia y, mucho menos, su revisión no puede estar sujeta a cánones aplicados en virtud del recurso extraordinario de casación.

Se plantea, entonces, determinar si esta figura tiene cabida dentro del vicio del falso supuesto del acto administrativo. En primer lugar, se observa que el artículo 62 de la LOPA establece que “*el acto administrativo que decida el asunto resolverá todas las cuestiones que hubieren sido planteadas*”. Una interpretación literal de la norma llevaría a concluir que la Administración debe pronunciarse detalladamente en su decisión sobre todas las pruebas constantes en el expediente administrativo. Sin embargo, tal interpretación no resulta correcta pues, conforme a la jurisprudencia patria, no es necesario que en la motivación del acto administrativo se exprese todos los asuntos y elementos que surgieron a lo largo de la tramitación del procedimiento administrativo, independientemente de su relevancia. Ciertamente, la motivación será suficiente cuando contenga los elementos esenciales de hecho y de derecho en que se fundó la Administración para dictar el acto administrativo, de forma tal que permita a los interesados y a los entes revisores controlar a este último. Por lo

⁷ Cfr. ESCOBAR LEÓN, Ramón. *La Casación Sobre los Hechos*. Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1990, 77.



tanto, el silencio de prueba no puede ser visto como el deber formal de la Administración de pronunciarse detalladamente sobre todas las pruebas constantes en el expediente administrativo.

En función de lo anterior, el silencio de pruebas sólo será relevante en el campo del Derecho Administrativo cuando la Administración haya dejado de valorar una prueba sobre un hecho esencial y que ello traiga, como consecuencia, que se produzca una decisión distinta a la que hubiese tomado ésta en caso de no haber incurrido en tal omisión. En este sentido, el silencio de prueba si produce un falso supuesto de hecho.

Un buen ejemplo de ello se encuentra en los procedimientos administrativos llevados a cabo ante las Inspectorías del Trabajo. En ocasiones, la Administración sostiene que no aparecía prueba de una relación laboral en el expediente administrativo y, por lo tanto, niega el reenganche de un trabajador. Sin embargo, una revisión del expediente administrativo demuestra que la Administración omitió pronunciarse sobre unos documentos que demostraban la existencia de una relación laboral. En este caso, si la Administración hubiese atendido a tales documentos hubiese forzosamente ordenado el reenganche del trabajador y, en consecuencia, puede afirmarse que ésta incurrió en un falso supuesto de hecho por silencio de prueba.

3.2- Falso Supuesto de Derecho

Pudiera pensarse, como en algún momento lo llegó a sostener la Procuraduría General de la República⁸, que sólo existe el falso supuesto de hecho. Ello quizás inducido por la mayoría de la doctrina que suele generalmente referirse al falso supuesto sólo desde el punto de vista de la errada apreciación y calificación de los hechos. Sin embargo, una revisión de la definición del falso supuesto nos llevará a concluir que la modalidad del falso supuesto de derecho no ha sido desconocido en modo alguno y siempre, por lo menos implícitamente, ha estado presente.

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha señalado que el falso supuesto se refiere indistintamente al error de hecho y al error de derecho con lo cual acepta expresamente la existencia del falso supuesto de derecho⁹.

⁸ Cfr. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 12 de abril de 1988.

⁹ Cfr. Sentencia citada *ut supra*.

Asimismo, la Sala Político-Administrativa del Máximo Tribunal de la República ha reconocido en sus decisiones su existencia, al sostener:

“En fallos anteriores este Alto Tribunal ha señalado que el vicio del falso supuesto ocurre cuando la Administración al dictar un acto, fundamenta su decisión en hechos inexistentes o que ocurrieron de manera diferente a como fueron apreciados por la Administración, así como cuando dicha decisión se fundamenta en una norma que no le es aplicable al caso concreto.”

El falso supuesto de derecho consiste en la aplicación errada de una norma a unos hechos determinados. También ocurre cuando la Administración se niega aplicar una norma a unas circunstancias que se corresponden con el supuesto de hecho abstracto que ésta regula por considerar que no tienen relación. Hemos sostenido que un buen ejemplo de este tipo de falso supuesto sucedió cuando la Administración negó en un caso determinado la protección a una marca notoria en función del artículo 33, numeral 12 de la Ley de Propiedad Industrial por considerar que éste supuesto normativo no se refiere a dichas marcas, cuando la doctrina y la jurisprudencia, por motivos justificados y reiterados, han sostenido pacíficamente que es precisamente en función de esa norma que las marcas notorias deben ser salvaguardadas.

Así, en todos los casos en que la Administración aplique de manera errada una norma a un caso concreto se configurará un falso supuesto de derecho que acarreará la nulidad del acto que lo adolezca.

4.- Sobre el alcance del vicio de falso supuesto

En el artículo 19 de la LOPA se establecen los supuestos de nulidad absoluta. En ellos no figura ninguno que, de manera expresa, declare al falso supuesto como una causal de nulidad absoluta. Por lo tanto, una interpretación literal de la norma de manera concordada con el artículo 20 *ejusdem* supondría considerar al falso supuesto como un vicio de nulidad relativa.

Al respecto, encontramos en la doctrina patria que MEIER se ha opuesto de manera radical a considerar al falso supuesto como un vicio de nulidad relativa advirtiendo, incluso, que “una interpretación de esa naturaleza desquiciaría la Teoría de las Nulidades al quitarle gravedad al vicio en la causa,



convirtiéndolo en una irregularidad menor, intrascendente.”¹⁰ Sin embargo, en Venezuela existen autores que han propuesto que el carácter de nulidad absoluta del falso supuesto dependerá de cómo se configure éste en cada caso. Ello dio lugar a un debate que, como veremos con posterioridad, ha sido superado por la jurisprudencia del Alto Tribunal de la República, pero que, a los fines del presente estudio, conviene referir.

En la doctrina nacional encontramos que DUQUE CORREDOR sostiene que los vicios en la causa sólo acarrearán la nulidad absoluta de los actos cuando “*la inexistencia de la causa, o el error en la comprobación de los motivos, provenga del incumplimiento absoluto del procedimiento, de la violación de la cosa juzgada, o de la consecución de un objeto ilegal o imposible (ordinales 2º, 3º y 4º del artículo 19 de la LOPA).*” En los restantes casos, DUQUE CORREDOR sostiene que el falso supuesto será causal de nulidad relativa¹¹.

Asimismo, en el Derecho Comparado GARRIDO FALLA sostiene que el vicio en la causa conduce a la nulidad absoluta del acto que lo adolezca por cuanto el error de hecho quiebra la firmeza y la irrevocabilidad de los actos administrativos. Sin embargo, el autor afirma que tal conclusión debe ser matizada por cuanto en determinadas oportunidades el falso supuesto puede ser subsanable. Señala que ello ocurre cuando el supuesto de hecho que motiva la actuación administrativa consiste en un acto voluntario del particular y éste deja transcurrir los plazos de impugnación, a saber, cuando la Administración transfiere a un funcionario a otro cargo por considerar erradamente que éste lo ha solicitado y, luego de efectuado el cambio, el funcionario tácitamente lo acepta al no impugnar en tiempo hábil el acto. También advierte GARRIDO FALLA que debe limitarse la facultad de la Administración de revocar actos administrativos creadores de derechos a los particulares con fundamento en un falso supuesto de hecho¹².

Ahora bien, en la doctrina nacional existen quienes sostienen el carácter de nulidad absoluta, sin excepción, del vicio del falso supuesto, los cuales hacen una vigorosa crítica a la tesis expuesta por DUQUE CORREDOR. Como ya

¹⁰ *Ib.*, 249.

¹¹ DUQUE CORREDOR, Román. *La Causa del Acto Administrativo*. Revista de Derecho Público N° 29, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1987, 65.

¹² Cfr. *Ib.* 466-467.

expresamos, esta es la posición de MEIER quien afirma que el falso supuesto configura indefectiblemente un abuso o exceso de poder que genera la nulidad absoluta del acto que lo adolezca.

MEIER afirma que cuando la prueba de los hechos sobre los que se funde la Administración “*es inexistente o insuficiente, se dice que hay abuso o exceso de poder, por cuanto el sujeto administrativo dictó el acto sin razón o causa*”¹³. Así, el abuso de poder proviene de la actuación injustificada de la Administración, por lo menos a la luz de las pruebas presentes en el expediente administrativo. Tal consideración encuentra asidero en la jurisprudencia nacional que, de forma más o menos constante, habían mantenido los tribunales contenciosos administrativos¹⁴.

En una línea similar encontramos la posición de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ que sitúan al falseamiento de los presupuestos fácticos esenciales para dictar un acto administrativo como un vicio de nulidad absoluta que debe ser asimilado a la incompetencia manifiesta. Sin embargo, los referidos autores advierten que la condición de vicio de nulidad absoluta o pleno derecho “*dependerá de la esencialidad del presupuesto de hecho omitido o falseado, cuestión que sólo [advierten] podrá decidirse definitivamente caso por caso, a la vista de la norma que atribuye el poder y teniendo en cuenta la intensidad del conflicto, los intereses en juego y la trascendencia general del vicio cometido respecto del sistema mismo y del orden general que dicho sistema crea*”¹⁵.

En ese estado las cosas, el problema sobre el tipo de invalidez que generaba el falso supuesto sólo podía ser resuelto por la jurisprudencia. Luego, de la entrada en vigencia de la LOPA encontramos que la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo afirmó en una decisión del 29 de octubre de 1983 lo siguiente:

“Ahora bien, del análisis y decisión de la impugnación que precede se deduce que la parte decisoria del acto se fundó en la tergiversación de los hechos y del derecho, lo cual implica

¹³ Ib. 260

¹⁴ Cfr. Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 24 de marzo de 1980 en la cual se afirmó: “De esta manera, se está en presencia de lo que la doctrina francesa denomina ‘inexistencia de los motivos invocados’, o sea, basarse en un falso supuesto para producir un acto administrativo, lo cual siempre comportará un abuso de poder y, por ende, la nulidad del acto, y así se declara.”

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, séptima intención, Editorial Civitas, 1995, 612.



una falta de lógica en la formación de la voluntad administrativa que afecta en forma irremediable e insanable la decisión, por cuanto constituye un vicio de nulidad absoluta”.

Se observa, entonces, que luego de la entrada en vigencia de la LOPA se consideraba al falso supuesto como un vicio de nulidad absoluta, pero sin ocuparse de resolver el problema que significaba que no existiera una previsión dentro del artículo 19 de la LOPA que de manera literal lo consagrara como una causal de nulidad absoluta. Por tal razón, era menester que se hiciera un pronunciamiento en este respecto.

Fue así que la Sala Político-Administrativa en sentencia del 25 de julio de 1990, caso COMPAGNIE GÉNÉRALE MARÍTIME, afirmó:

“La competencia es, ciertamente, la medida de la potestad atribuida por la ley a cada órgano, de modo que no habrá competencia ni, desde luego, actuación administrativa válida, si no hay previamente el señalamiento, por norma legal expresa, de la atribución que se reconoce al órgano y de los límites que la condicionan. En este mismo orden de ideas, en extensión interpretativa de esta Sala se ha establecido que si hay inexistencia o falseamiento de los presupuestos fácticos, el órgano no podrá ejercitar el poder que el ordenamiento le ha atribuido y la actuación que cumpla estará viciada de ilegalidad y de nulidad absoluta acorde con la previsión contenida en el numeral 4° del artículo 19, de la ya citada Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”.

Puede observarse que la Sala Político-Administrativa abordó el problema en cuestión y lo resolvió considerando que el falso supuesto debía ser encuadrado dentro de los casos de “incompetencia manifiesta” consagrados en el numeral 4° del artículo 19 de la LOPA, pues implicaba que la Administración había ejercido indebidamente sus potestades en el caso concreto. Dicha interpretación de la Sala se funda en la concepción de la incompetencia como tronco común de todos los vicios que afectan al acto administrativo la cual tiene su origen en el Derecho Administrativo Francés y que aplica plenamente, en nuestro criterio, al caso del falso supuesto.

El referido criterio jurisprudencial fue ratificado por la misma Sala Político-Administrativa en su sentencia del 13 de marzo de 1997, caso ANTONIO JOSÉ MENESES DÍAZ, cuando señaló:

“También ha expresado esta Sala, al precisar sobre las consecuencias del falso supuesto, que la inexistencia o falseamiento de los presupuestos fácticos por parte del órgano de la administrativo decisor y también su errónea fundamentación jurídica, vicia su actuación de ilegalidad y nulidad absoluta, de conformidad con el ordinal 4º del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, dado que estaría actuando el órgano fuera de su esfera de competencia”.

De esta forma, puede concluirse que en nuestro país el falso supuesto es considerado un vicio de nulidad absoluta, el cual debe ser encuadrado dentro del numeral 4 del artículo 19 de la LOPA¹⁶. Debe advertirse que, en nuestro criterio, el falso supuesto invariablemente será un vicio de nulidad absoluta, puesto que (i) las sentencias invocadas no hacen distinción alguna y (ii) para que se configure tal vicio siempre tendrá que producirse una errada calificación de los hechos o del derecho que conduzca a una actuación administrativa que se encuentre fuera de la competencia invocada por la Administración para actuar.

5.- Sobre la motivación suficiente de los actos administrativos como presupuesto necesario para denunciar el falso supuesto

Establecidas las distintas circunstancias que configuran al falso supuesto conviene resaltar que su denuncia requiere necesariamente que al acto administrativo que se afirme lo adolezca tenga la motivación suficiente para conocer cuales fueron los supuestos de hecho y de derecho en que se fundamentó la Administración para dictarlo, es decir, que no adolezca del vicio de inmotivación. Ciertamente, mal puede denunciarse un falso supuesto cuando se afirme no conocer la causa que llevó a la administración a dictar un acto administrativo. Por tal razón, la jurisprudencia ha afirmado que resulta incompatible denunciar el vicio de falso supuesto y la inmotivación de un mismo acto, pues tales vicios se enervan entre sí. Al respecto la Sala Político-Administrativa de nuestro Máximo Tribunal ha expresado:

“Igualmente no escapa a esta Sala que el recurrente invoca como vicio del acto administrativo el error de apreciación.

¹⁶ Cfr. MEIER asoma esta interpretación como una de las posibles explicaciones a las razones que tendría el legislador para no haber incluido a los vicios en la causa del acto administrativos, pero por considerar que esta interpretación no es conclusiva opta por acudir al criterio de la esencialidad para calificar a este tipo de vicio como de nulidad absoluta.



Tales argumentos se refieren en definitiva al vicio en la causa del acto administrativo. Al respecto debe significarse que invocar conjuntamente la ausencia total de motivación y el error en la apreciación en éstos –vicio en la causa- es, en efecto, contradictorio porque ambos se enervan entre sí. Ciertamente, cuando se aducen razones para destruir o rebatir la apreciación de la administración dentro del procedimiento del procedimiento administrativo formativo del acto, es porque se conocen las apreciaciones o motivos del acto; luego es incompatible que a más de calificar de errado el fundamento del acto se indique que se desconocen tales fundamentos”¹⁷.

Por tal razón, no puede denunciarse paralelamente frente a un mismo acto el vicio de falso supuesto y su inmotivación.

6.- Conclusión:

El falso supuesto es un vicio que por sí sólo acarrea la nulidad absoluta de un acto administrativo, sin que sea necesario para denunciarlo invocar algún otro vicio que surja como consecuencia de éste. Lo contrario sería, en nuestro criterio, desconocer a la causa como un elemento esencial del acto administrativo.

En cuanto al vicio de falso supuesto de hecho debe afirmarse que éste se configurará sólo cuando ocurra un falseamiento de los hechos que conduzca a la Administración a tomar una decisión distinta a la que hubiese sucedido si ello no se hubiera producido.

Por lo que respecta al falso supuesto de derecho se aprecia que éste consiste en la aplicación errada de una norma a unos hechos determinados, así como cuando la Administración se niega aplicar una norma a unas circunstancias que se corresponden con el supuesto de hecho abstracto que ésta regula por considerar que no tienen relación.

¹⁷ Sentencia del 3 de octubre de 1990, caso INTERDICA,S.A.

LA FINALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS
Y LA DESVIACIÓN DE PODER

LA FINALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LA DESVIACIÓN DE PODER

Consuelo Sarria

Profesora de la Universidad del Rosario Bogotá

1.- PLANTEAMIENTO GENERAL

Aunque el tema de la desviación de poder como causal de anulación de los actos administrativos, ha sido objeto de análisis y de pronunciamientos jurisprudenciales, especialmente en el derecho francés, desde mediados del Siglo XIX¹, su estudio, así como el de la finalidad de los actos administrativos, tiene permanente interés desde el punto de vista jurídico, ya que es uno de los instrumentos de equilibrio entre el poder del Estado y los derechos de los administrados, en cuanto éstos pueden invocarlo para cuestionar las actuaciones de las autoridades administrativas, para hacer una realidad, el sometimiento del Estado al Derecho y en consecuencia la vigencia del principio de legalidad

Ese sometimiento de las actuaciones de la administración, al ordenamiento jurídico preestablecido, implica que los *fines* buscados por la autoridad que las realiza, correspondan en un todo a los fines mismos del Estado, los cuales siempre estarán enmarcados por el interés general de los asociados, es decir, será el interés público².

Los particulares pueden acudir ante los titulares del control judicial de la administración, para que ellos establezcan si, un determinado acto administrativo, se ajusta o no a la legalidad y podrán plantear como causal para solicitar la nulidad de dicho acto, el que se expidió con desconocimiento de los fines propios

¹ Consejo de Estado de Francia, Fallo LESBATS, 25 de Febrero de 1864 y Fallo PARISSET, 26 de Noviembre de 1875.

² El Artículo 2º de la Constitución Nacional de Colombia establece que: "Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares."

del Estado, el interés público, es decir que el acto fue expedido con desviación de poder.

Es por ello que el tema de la finalidad de los actos administrativos y el de la desviación del poder deben analizarse conjuntamente.

2. EL ESTADO DE DERECHO Y LOS FINES DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

La función administrativa del Estado ha sido objeto de diversas definiciones, de las cuales pueden citarse las siguientes:

Según el Profesor Marienhoff, la función administrativa del Estado es “la actividad permanente concreta y práctica del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las *necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran*”³.

El Profesor Jean Rivero, luego de hacer diversas precisiones sobre la actividad administrativa del Estado, en relación con las otras funciones estatales, afirma que “la administración aparece como la actividad por la cual las autoridades públicas procuran la satisfacción de *las necesidades de interés público*, utilizando si fuere necesario, las prerrogativas del poder público”⁴.

Para Sayagués-Laso la función administrativa es “la actividad estatal que tiene por objeto *la realización de los cometidos estatales* en cuanto requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos, que pueden ser reglamentarios, subjetivos o actos condición, y operaciones materiales”⁵.

Según Fiorini “la función administrativa estatal del Poder Ejecutivo, es decir el poder administrador, se manifiesta en forma específica como labor ejecutoria concreta, continua y práctica, para *reglar y satisfacer intereses públicos*”⁶.

³ MARIENHOFF MIGUEL S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, Pág. 58.

⁴ RIVERO JEAN, Droit Administrative. Dalloz, Paris, 15e édition, Paris, 1994, Pág. 12.

⁵ SAYAGUÉS-LASO ENRIQUE, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Montevideo 1973, Pág. 46

⁶ FIORINI BARTOLOMÉ A., Derecho Administrativo, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, Págs. 29 y 30.



Para Zanobini, la función administrativa del Estado, “es la actividad práctica que el Estado desarrolla *para atender de manera inmediata los intereses públicos que toma a su cargo*”⁷.

Las anteriores definiciones y las que los diferentes autores dan de la función administrativa, coinciden en que dicha función tiene como fin, *el interés público*, que es el interés mismo del Estado, y su razón de ser.

En efecto, independientemente de las concepciones político-filosóficas, de las tendencias económicas y del grado de desarrollo de la sociedad, todo lo cual incide en la concepción del Estado y en los fines que de él se predicán, es claro que el Estado existe y se justifica como forma de organización social y política que debe buscar la satisfacción de las necesidades de la comunidad, es decir que tiene como finalidad el *interés público*, en cuanto el ser humano, como ser social no es autosuficiente, pues como lo afirma Rivero: “...*el hombre no puede bastarse a sí mismo: el libre juego de las iniciativas privadas le permiten atender a algunas de sus necesidades, gracias a la división del trabajo y a los intercambios; pero existen otras, de las más esenciales, que no pueden recibir satisfacción por esta vía, sea porque siendo comunes a todos los miembros de la colectividad, ellas excedan por su amplitud las posibilidades de cualquier particular -como la necesidad de seguridad nacional-, sea porque su satisfacción no permita, por su naturaleza, obtener ganancias, de tal manera que nadie se ofrecerá a asegurarla. Estas necesidades, a las cuales la iniciativa privada no puede responder, y que son vitales para la comunidad entera y para cada uno de sus miembros, constituyen el dominio propio de la administración; es la esfera del interés público*” (Resaltado del texto)⁸.

Esa finalidad del interés público enmarca entonces toda la actividad de las autoridades estatales, cualquiera que sea la función que realicen, y entre ellas, tal como ya se precisó, también a la función administrativa, como actividad específica a su cargo.

En el derecho colombiano, la Constitución Nacional aprobada en 1991 por la Asamblea Constituyente, en su Artículo 209, al regular la función administrativa expresamente dice que “...*está al servicio de los intereses generales...*” y el

⁷ ZANOBINI GUIDO, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Buenos Aires, 1954, Pág. 21.

⁸ RIVERO JEAN, Opus cit. Pág. 9.

Artículo 123 ibídem prescribe que “...*Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad...*”.

Y el Artículo 2° del Código Contencioso Administrativo de Colombia dispone que “...*Los funcionarios tendrán en cuenta que la actividad administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes...*”.

Desde otro punto de vista, y partiendo de la premisa de que el ejercicio de los poderes estatales debe realizarse de acuerdo con el ordenamiento jurídico preestablecido, dentro del concepto del *Estado de Derecho*⁹, la función administrativa es una función *subordinada a la ley*, y es el ordenamiento jurídico el que la atribuye a las autoridades respectivas. Y al hacerlo, puede regular de manera detallada la competencia específica que asigna, o puede dejar un margen de apreciación subjetiva a la administración, para su ejercicio, tema que plantea la distinción entre competencias regladas y competencias discrecionales¹⁰. Pero lo que sí es claro es que todas tiene su origen en la ley y deben ejercerse de conformidad con ella, es decir, en aplicación estricta del principio de legalidad.

Y al dar aplicación al principio de legalidad, estará incluido el aspecto teleológico de la actividad administrativa, es decir que tendrá que ejercerse teniendo en cuenta ese interés general, como una manifestación de la legalidad que limita el ejercicio del poder estatal, en cualquiera de las funciones en que se desarrolla.

En el Código Contencioso Administrativo de Colombia en el Artículo 2° ya transcrito se dice que los funcionarios administrativos tienen que tener en cuenta que la actividad administrativa busca el logro de los cometidos estatales, “...*como lo señalan las leyes...*” con lo cual se reconoce, expresamente, que esos cometidos están incluidos dentro del principio de legalidad.

⁹ PAREJO ALFONSO LUCIANO, Estado Social y Administración Pública, Editorial Cívitas Monografías, Madrid, 1983, Pág. 95 y siguientes.

¹⁰ Sobre el tema de la Discrecionalidad Administrativa, ver, entre otros: GARCÍA DE ENTERRIA EDUARDO y FERNÁNDEZ TOMÁS RAMÓN, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Cívitas, Madrid, Octava Edición, 1998, Tomo I, Pags. 444 y siguientes; BELTRÁN DE FELIPE MIGUEL, Discrecionalidad Administrativa y Constitución, Tecnos, Madrid, 1995; SÁNCHEZ MORÓN MIGUEL, Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial, Tecnos, Madrid, 1995; SAINZ MORENO FERNANDO, Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa, Editorial Cívitas, Madrid, 1975; IGARTUA SALAVERRÍA JUAN, Discrecionalidad Técnica, Motivación y Control Jurisdiccional, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1998; BANDEIRA DE MELLO CELSO ANTONIO, Discricionariedade e Controle Jurisdiccional, Malheiros Editores, Segunda Edición, 1992; PRAT JULIO A. La Discrecionalidad Administrativa en la obra conjunta: El Derecho Administrativo en Latinoamérica II, Ediciones Rosaristas, 1986, Págs. 162 y siguientes.



3. *EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO JURÍDICO A TRAVÉS DEL CUAL SE REALIZA LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA*

Las entidades estatales encargadas de ejercer la función administrativa, y los particulares cuando están habilitados para ello, la realizan, mediante actos administrativos que son actos jurídicos de contenido administrativo, realizados por quienes ejercen la función administrativa del Estado, es decir que se trata de manifestaciones de voluntad hechas por la autoridad competente, con el fin de que produzcan efectos en derecho, efectos administrativos.

El acto administrativo, como instrumento jurídico por excelencia, en el cual se concreta la actividad administrativa del Estado y como manifestación de voluntad, debe reunir unos elementos necesarios para que pueda considerarse que está debidamente estructurado. Son ellos, el elemento **subjetivo** que se refiere a la autoridad administrativa que lo expide, la cual debe ser competente; el elemento **formal** constituido por los requisitos de forma que obligatoriamente deben cumplirse durante la etapa de su formación y en su expedición; el elemento **objetivo** o contenido mismo de la decisión administrativa; el elemento **causal**, el cual se refiere a los motivos que originan la decisión y el elemento **finalista**, que también se denomina teleológico, el cual está conformado por los móviles o el fin perseguidos por la autoridad que lo expide¹¹.

En razón del tema objeto del presente estudio y del origen de la figura de la desviación del poder, su evolución y los diferentes planteamientos que se han hecho al respecto, tienen especial interés *la causa y el fin* como elementos estructurales del acto administrativo.

Aunque se ha sostenido la tesis contraria a aplicar la teoría de la causa al concepto de acto administrativo¹² por considerarlo típico en todos sus elementos, lo que hace que la voluntad del agente esté enmarcada por los motivos y antecedentes, la tendencia mayoritaria acepta que la causa es un elemento esencial del acto administrativo y al respecto se encuentran diferentes elaboraciones doctrinarias, algunas de las cuales tienen que ver con los móviles del acto administrativo y que es necesario analizar para efectos de establecer su concepto y su ubicación y distinción en relación con el elemento finalista del acto administrativo.

¹¹ MARIENHOFF MIGUEL S., opus cit. Tomo II Págs. 271 y siguientes.

¹² GIANNINI MASSIMO SEVERO, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milán, 1950, Pág. 316.

En efecto, para quienes tienen una concepción subjetiva al respecto, la causa del acto administrativo es la voluntad de quien lo expide y en algunos casos del administrado, cuando media su solicitud. Esta posición ha sido criticada en el sentido de que la voluntad de la Administración es un presupuesto previo y necesario para la formación del acto, pero no un elemento estructural del mismo¹³.

Desde el punto de vista objetivo, la causa de todo acto administrativo está conformada por los antecedentes o circunstancias de hecho o de derecho que originan su expedición y que responden al por qué del acto administrativo¹⁴.

En este aspecto se argumenta también que, como todo acto administrativo tiene su fundamento en la ley, ese “antecedente de derecho” constituye su causa mediata. Sin embargo esta posición ha sido considerada demasiado genérica pues en realidad, de lo que se trata es de la atribución misma de la competencia que hace la ley al funcionario que lo expide, quien tiene la obligación de ejercerla.

Para efectos del análisis de la finalidad de los actos administrativos, resulta de especial interés mencionar también otro criterio, como lo es el de considerar que la causa del acto administrativo consiste en el *fin* concreto que la autoridad administrativa persigue al ejercer la competencia que le ha asignado la ley para satisfacer el interés público. En otras palabras, que el interés público es la causa del acto administrativo¹⁵, y por lo tanto se confunde la causa con los móviles del acto, planteamiento que no resulta válido, si se tiene en cuenta que, tal como ya se precisó el interés público es el fin mismo de la función administrativa y como se precisará, uno de los elementos del acto administrativo, su elemento teleológico: la finalidad, pero no su causa.

La anterior confusión se pone también de manifiesto, cuando, además, se hace distinción entre los conceptos de *causa y motivo*, y se entiende que la primera es aplicable a todos los actos del mismo género, mientras que los motivos se refieren a los aspectos específicos, de apreciación subjetiva por el agente y que originan la expedición del acto administrativo, lo cual no es pertinente, ya que la

¹³ MARIENHOFF MIGUEL S., opus cit. Tomo II, Págs. 230 y siguientes.

¹⁴ HAURIOU MAURICE, *Precis de Droit Administrative*, París, 1927, Pág. 430; FIORINI BARTOLOMÉ A., *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Segunda Edición Actualizada, Buenos Aires, 1976, Tomo I, Pag. 410 y siguientes y VEDEL GEORGE, *Essai sur la notion de cause en droit administrative*, Toulouse, 1934, citado por Fiorini, opus cit. Pág. 410.

¹⁵ BODDA PIERO, *La nozione di causa giuridica della manifestazione di volonta nel diritto amministrativo*, Torino, 1933, Páginas 45 a 50, citado por Marienhoff, opus cit, Pág. 295.



causa siempre se refiere a los antecedentes y circunstancias de hecho y de derecho previas, que tiene en cuenta la autoridad que los expide para ejercer la respectiva competencia, la cual debe apreciar subjetivamente, el antecedente de hecho o de derecho, es decir el motivo que la origina.

Por el contrario, los conceptos que sí pueden diferenciarse son los de *motivo* y *motivación*.

En efecto, la motivación es la *expresión* que hace la autoridad administrativa de los antecedentes de hecho o de derecho que originan su decisión, es decir, la expresión de la causa del acto administrativo. El Profesor Marienhoff afirma que “...*Mientras “motivo” (o “causa”) es la circunstancia o antecedente de hecho aceptado o impuesto por la ley para justificar la emisión del acto, “motivación” es la expresión o constancia de que el motivo existe o concurre en el caso concreto*”. (Subrayas del texto)¹⁶.

Y hay que agregar que, para la debida estructuración del acto administrativo, es necesario que exista un motivo, mientras que no lo es su motivación. El funcionario administrativo, *de acuerdo con la ley*, puede o no expresar los motivos que originan su decisión y por el hecho de no hacerlo, no se afecta la estructura misma del acto administrativo.

Lo anterior, indica que todo acto administrativo tiene una causa o motivo que origina su expedición, la cual puede estar expresa o no en su motivación, y no puede confundirse con el fin que debe buscar la autoridad al expedir el acto de que se trate, el cual siempre será el interés público.

4.- LA FINALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Toda autoridad administrativa al ejercer la competencia específica que le ha atribuido la ley, debe tener en consideración la finalidad para la cual expide el respectivo acto administrativo, por cuanto toda manifestación de voluntad busca un logro, y esa finalidad siempre debe ser el interés público que es el interés de la función administrativa globalmente considerada y a su vez el fin mismo del Estado¹⁷.

¹⁶ MARIENHOFF MIGUEL S. Opus cit. Pág. 298.

¹⁷ SANDULLI ALDO M. Manuale di Diritto Amministrativo, Nápoles, 1970, Pág. 401.

El anterior concepto, según el cual el fin es un elemento esencial del acto administrativo se ha considerado como uno de los logros más importantes en el campo del Derecho Administrativo, ya que constituye un límite jurídico para los gobiernos autoritarios, en el ejercicio de la función administrativa, en un Estado de Derecho, en cuanto los móviles de cualquier acto deben adecuarse a los fines públicos, por los que la competencia ha sido atribuida¹⁸.

Si como lo hemos precisado, el fin de la función administrativa como actividad estatal que es, es siempre el interés público, éste necesariamente será también el *fin mediato* de todo acto administrativo y el funcionario que lo expida deberá tener en consideración, que está actuando en ejercicio de la función administrativa y que no puede buscar una finalidad diferente del interés público que es el interés del Estado, en nombre del cual actúa.

Las autoridades administrativas están en una situación de *deber legal* y para cumplirlo, el ordenamiento jurídico les atribuye ciertos poderes jurídicos. Y al establecer las diferentes competencias en que se concreta la actividad administrativa del Estado, ya sea de manera explícita o implícita, le asigna un fin específico a cada una de ellas, toda vez que los poderes administrativos no son abstractos, ni se pueden utilizar para cualquier finalidad, sino que son poderes funcionales que se otorgan con un fin específico. Por lo tanto, además del fin mediato, todo acto administrativo tiene un *fin inmediato* que es aquel que surge de la norma específica que atribuye la competencia administrativa, también específica que se ejerce, en cada caso concreto.

Y este fin inmediato, que justifica la emisión del acto, necesariamente está en *relación teleológica* con el objeto o contenido del acto de que se trate, y puede presentar diferentes grados de especificidad, así por ejemplo, si se trata del ejercicio de las facultades administrativas previstas para el mantenimiento del orden público, entendido como el mantenimiento de las condiciones necesarias para la vida en comunidad, éste será precisamente el fin inmediato partiendo del fin mediato del interés público, pero además, ese fin específico variará según se trate de un acto administrativo en relación con aspectos de salubridad, o con temas relacionados con la seguridad, etc., casos en los cuales aparece un fin todavía más preciso en el ejercicio de la función administrativa.

De acuerdo con lo anterior, es claro que la finalidad del acto administrativo está incluida como un aspecto de su legalidad, en cuanto el fin mediato está constituido,

¹⁸ PARADA RAMÓN, Derecho Administrativo, Marcial Pons, Madrid, 1993, Tomo I, Quinta Edición, Pág. 128.



siempre, por el interés público, que es el fin de la función administrativa y por el móvil específico que, explícita o tácitamente, tiene en cuenta el ordenamiento jurídico que atribuye la competencia específica de que se trate.

En este sentido el fin del acto administrativo es un elemento reglado¹⁹, lo que no necesariamente implica que la ley expresamente lo exija pues dicho carácter es consecuencia de que, en el Estado de Derecho la función administrativa está sometida al principio de legalidad y la administración puede apreciar y valorar los motivos y decidir sobre el contenido, pero no respecto de su finalidad, la cual será siempre el interés público.

Desde luego que, si se trata de una competencia administrativa, respecto de la cual, la ley que la regula y la asigna a un determinado funcionario, expresa, de alguna manera, su finalidad, no se presenta ninguna dificultad para establecer la finalidad que, dentro del principio de legalidad, deben tener los actos que en ejercicio de la misma profieran las autoridades administrativas. Pero si la ley no expresa esa finalidad, puede ser difícil identificar la finalidad que tuvo en cuenta la norma superior al atribuir la competencia, a lo cual se suma la dificultad que puede representar, en ciertos casos, el establecer los móviles concretos y subjetivos del funcionario al tomar la decisión de que se trata.

La finalidad de los actos administrativos cobra mayor trascendencia como límite al ejercicio del poder, cuando se trata de una competencia de las que se han denominado discrecionales, en las cuales el funcionario que las ejerce, tiene la posibilidad de decidir si lo hace o no, y si resuelve hacerlo, puede escoger entre diferentes opciones, todas dentro de la legalidad.

Pero cualquiera que sea la opción que tome, la finalidad de su decisión siempre tendrá que ser el interés público y la finalidad específica de la ley que atribuyó la competencia de que se trata. Por ello se considera que uno de los límites de la discrecionalidad administrativa es su finalidad y así se consagra en algunas legislaciones positivas²⁰.

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRIA EDUARDO, La Lucha por las Inmunidades del Poder, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1974, Pág. 27. BREWER-CARIAS ALLAN, Principios del Procedimiento Administrativo, Cívitas Monografías, Madrid, 1990, Págs. 95 y siguientes.

²⁰ El Artículo 36 del Código Contencioso Administrativo prescribe que "...en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, **debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza** y proporcional a los hechos que le sirven de causa". El Artículo 128 de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica dispone que un acto será válido cuando "se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico, **incluso en cuanto al móvil del funcionario que lo dicta**".

Precisado así lo relacionado con la finalidad como elemento de los actos administrativos, es del caso analizar lo relacionado con la desviación del poder, como una de las causales de su anulación.

5.- LA DESVIACIÓN DEL PODER COMO CAUSAL DE ANULACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

El concepto de la desviación del poder tiene su origen en el derecho francés²¹, cuando se consideró como uno de los medios que podían invocarse para fundamentar, ante los Tribunales Administrativos, el recurso de anulación de los actos administrativos por *exceso de poder*, junto con la incompetencia, los vicios de forma y la violación de la ley.

Según la jurisprudencia en el derecho francés, la desviación de poder se presenta *cuando la administración ha usado los poderes con un fin diferente de aquel en virtud del cual le fueron concedidos*.

Y en cuanto a la definición doctrinaria de la desviación de poder como causal de anulación del acto administrativo es necesario mencionar que son muchas las que se han dado²² y todas coinciden en que se trata de un vicio del acto administrativo relacionado con el elemento teleológico o finalista del acto administrativo, es decir con los móviles o el fin que busca la manifestación de voluntad administrativa y que *se configura cuando la autoridad administrativa, actuando en ejercicio de las competencias que le han sido atribuidas por la ley, con el cumplimiento de los requisitos de forma, expide un acto buscando una finalidad diferente del interés público y de la finalidad específica que tuvo en cuenta la ley que atribuyó la competencia específica de que se trata*.

De acuerdo con lo anterior debe precisarse que:

5.1.- En la desviación de poder existe un acto administrativo aparentemente ajustado al principio de legalidad, ya que es proferido por la autoridad competente para hacerlo, con el cumplimiento de los requisitos formales exigidos para su expedición, es decir que *no existe una violación formal*

²¹ Consejo de Estado de Francia, Fallo LESBATS, 25 de Febrero de 1864 y Fallo PARISSET, 26 de Noviembre de 1875.

²² PRAT JULIO A., La Desviación del Poder, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1976, Págs.38 y siguientes, se incluyen 16 definiciones de diferentes autores.



del ordenamiento jurídico superior, es decir se trata de un vicio difícil de establecer, por cuanto el acto presenta una ilegalidad disfrazada y la esencia de la desviación radica en *la intención subjetiva del agente*, lo que hace que se trate de una *regularidad objetiva del acto*, el cual es irreprochable en su juridicidad externa, pero en su regularidad interna desconoce la ley, en cuanto busca un fin diferente del por ella previsto. Por eso se le denomina una *irregularidad oculta*.

Como consecuencia de lo anterior, la causal de desviación de poder tiene un *carácter subsidiario*.

En efecto, por tratarse de una irregularidad que queda oculta, los interesados en solicitar la anulación de un acto administrativo, si les es posible, invocan las otras causales que se refieren a aspectos objetivos del acto administrativo y no son ocultas, tales como las de incompetencia del funcionario o la de vicios de forma. Solamente invocarán la causal de la desviación de poder cuando sea éste el único vicio del acto o cuando tengan dudas del éxito, al invocar las otras causales de anulación.

Otro aspecto que se presenta en relación con esta causal, que hace que se utilice con carácter subsidiario es que al alegar la causal de desviación de poder, se está cuestionando, no solamente el acto como tal, sino a la Administración institucionalmente considerada, y directamente al funcionario administrativo que expidió el acto.

Como consecuencia de la presunción de legalidad, la causal *debe alegarse y probarse, y no procede su declaración de oficio*, y tratándose de una irregularidad oculta, su prueba presenta una mayor dificultad.

5.2.- La irregularidad del acto consiste en la desviación del fin buscado por la decisión administrativa.

Si como está establecido, la finalidad del Estado es el interés público y la acción administrativa está enmarcada por dicha finalidad, la cual forma parte de su legalidad, el fin de los actos administrativos, necesariamente, está limitado por dicho concepto, y el apartarse del mismo, implica su desviación, la cual compromete su validez.

La causal de la desviación de poder es aplicable a *todos los actos administrativos*, incluidos aquellos que emanan de competencias de carácter discrecional, respecto de los cuales es necesario precisar que:

5.2.1.- Esa discrecionalidad administrativa que emana de la ley se presentará en los siguientes eventos:

- Cuando la ley en forma expresa atribuya a la autoridad administrativa la competencia para valorar la oportunidad y conveniencia de una decisión administrativa.
- Cuando la ley, consagra las denominadas cláusulas elásticas que deben ser precisadas por el administrado.
- Cuando la ley es insuficiente, en razón de que no le es posible prever las circunstancias que rodean la decisión administrativa, en cuanto muchas de ellas son sobrevinientes, posteriores, nuevas, adicionales e inexistentes al momento de su expedición.
- Cuando la ley expresamente no regula el ejercicio de determinada competencia, en cuanto no precisa la conducta administrativa a seguir y se sigue la norma general de que la actividad administrativa es discrecional, mientras la ley no establezca una reglamentación especial.

5.2.2.- Respecto del *origen de las facultades discrecionales*, se observa que, si bien su fuente se encuentra en la ley, no siempre es fácil precisar cuando la administración está enfrente a una competencia reglada o a una de carácter discrecional y será entonces necesario analizar, los términos mismos de la ley, el grado de vinculación de la actividad al ordenamiento jurídico, si la expedición de la decisión implica apreciaciones subjetivas por parte de la autoridad competente y el objeto mismo de la decisión, es decir todos aquellos aspectos que permitirán en casos de duda, establecer si puede la autoridad competente, evaluar el mérito de sus propias decisiones.

5.2.3.- En relación con *los elementos del acto administrativo*, tal como ya se anotó, tradicionalmente se han precisado como elementos que estructuran el concepto del acto administrativo el sujeto, el objeto, el fin, la forma y la causa.

El elemento subjetivo, como elemento del acto administrativo se refiere al funcionario que lo expide, teniendo en cuenta que como norma general, el ejercicio de la función administrativa corresponde a las entidades públicas, las cuales actúan a través de personas naturales y surge entonces el concepto de competencia referido al conjunto de atribuciones que a cada funcionario le



corresponden, de acuerdo con las normas que regulan específicamente las funciones del cargo que está desempeñando, y en esta materia no es posible la aplicación de la discrecionalidad administrativa, en cuanto la competencia emana directamente de la ley, lo que hace que el administrador respecto de determinada materia sea o no competente, sin que le sea posible poder hacer ningún tipo de apreciación al respecto, ya que de conformidad con el principio de legalidad, los funcionarios públicos no pueden hacer sino aquello que les está expresamente atribuido.

El elemento objetivo del acto administrativo, hace referencia al contenido mismo del acto, y respecto de él se ha aceptado generalmente que puede ser afectado por la discrecionalidad administrativa, pero es necesario precisar al respecto, como esa posibilidad de ejercer la competencia discrecional para determinar el contenido mismo de un acto administrativo, varía según la forma como la ley la hubiere reglamentado: si la ley ha precisado cual debe ser la decisión de la administración ante determinadas circunstancias, no podrá haber discrecionalidad respecto del contenido del acto, en cuanto la autoridad competente no podrá escoger la decisión a tomar, por estar ya predeterminada por la ley.

Pero también, la ley al asignar una competencia administrativa puede hacerlo, dejando un margen de apreciación para que la autoridad titular elija el contenido de su decisión, enfrente a circunstancias que la ley no puede prever ni reglamentar; este evento, podrá afirmarse, que respecto del objeto del acto administrativo puede la autoridad respectiva tener un poder discrecional.

El fin como elemento del acto administrativo, está enmarcado, por el principio general de que toda actividad del Estado y específicamente las propias de la Administración Pública, han de buscar la satisfacción del interés público, y la ley en cada caso concreto, al establecer una competencia administrativa, precisa dentro del anterior principio general, los fines específicos que debe buscar la autoridad administrativa; y es por esta razón, por lo que enfrente a este elemento, tampoco la administración tiene discrecionalidad, ya que siempre este aspecto estará también definido por la ley.

La forma es otro elemento del acto administrativo respecto del cual, no existe posibilidad de apreciación discrecional, ya que si la ley que regula la competencia administrativa de que se trate, ha establecido unas formalidades específicas para el ejercicio de dicha competencia, no habrá discrecionalidad, sino que la administración debe cumplir con lo que ordena la norma, y si el ordenamiento jurídico no establece formalidades especiales para su ejercicio, la autoridad

administrativa tendrá que aplicar las normas que establecen formalidades en general, para las diferentes competencias en que se concreta la función administrativa. No hay entonces posibilidad de apreciación en este aspecto.

La causa está referida al móvil o motivos que originan la decisión administrativa y respecto de ellos son válidos, los comentarios hechos con relación al elemento objetivo .

Por lo expuesto es necesario llegar a la conclusión de que no existen actos administrativos totalmente discrecionales, pues todo acto administrativo está debidamente reglamentado como mínimo, en el elemento subjetivo: la competencia, en las formalidades y en su finalidad.

5.2.4.- En cuanto a la etapa de formación del acto administrativo y la discrecionalidad administrativa hay que tener en cuenta que la toma de una decisión por la autoridad administrativa, implica un proceso intelectual que se inicia con el análisis de su propia competencia, continúa con la observación y valoración jurídica de la situación fáctica, y culmina con la apreciación de las medidas adecuadas en razón de la situación de hecho, y el poder discrecional de la administración varía enfrente a cada una de estas etapas de formación del acto administrativo.

Enfrente a su propia competencia y a lo fines que debe buscar al ejercerla, la autoridad administrativa no tiene posibilidad de actuar discrecionalmente, toda vez que solo puede realizar aquellas actividades que le han sido atribuidas por la ley, teniendo en cuenta los fines en ella predeterminados.

En la observación y valoración de los hechos, tampoco existe discrecionalidad para la administración, toda vez que ha de establecer simplemente, la realidad de existencia de los hechos y su conformidad con lo definido por el ordenamiento jurídico preestablecido; así que solamente podrá tener discrecionalidad la autoridad administrativa en este aspecto cuando de acuerdo con su competencia y ante hechos reales previstos por el ordenamiento jurídico respectivo, deba evaluar las consecuencias que puedan producirse en razón de los mismos.

Por último en lo que hace referencia a las medidas adecuadas de acuerdo con la situación de hecho, la autoridad administrativa sí cuenta con el poder discrecional para establecer cuales son las decisiones administrativas pertinentes, dadas las condiciones y circunstancias del momento, medidas que han de estar siempre dentro del marco de la legalidad, que limita su acción.



Así, al poder la autoridad administrativa, evaluar las consecuencias de los hechos y las medidas pertinentes para el cumplimiento de sus funciones, de acuerdo con las competencias que le hubieren sido atribuidas por la ley y con miras a lograr los fines que le son propios, está evaluando la oportunidad, la conveniencia y el mérito de su propia decisión, es decir está utilizando su discrecionalidad administrativa, teniendo la posibilidad de decidir si actúa o no, y si lo hace de escoger una u otra decisión, **«siendo todas válidas para el derecho»**.

Vale la pena hacer notar esta última afirmación y es que el concepto de discrecionalidad, no es opuesto al de legalidad, ni puede decirse que la discrecionalidad surge por ausencia de la reglamentación legal, pues, como se ha sostenido a lo largo del presente trabajo, la discrecionalidad administrativa, surge de la misma ley, cuando ésta deja libertad de apreciación a quien le atribuye una competencia, para que en un supuesto determinado precise y busque el interés público; por eso se ha dicho que la discrecionalidad no es un olvido del legislador, sino **una facultad prevista en beneficio de la gestión de los intereses públicos que tutela la administración**.

En síntesis, en cuanto **el elemento finalista del acto administrativo constituye un límite a la discrecionalidad y en el proceso de la formación de la decisión administrativa siempre debe tenerse en cuenta el interés público como razón de ser del Estado**, y fin de todas sus actuaciones, la desviación de poder como causal de anulación de los actos administrativos, tiene mayor importancia, en cuanto se considera que precisamente, es el límite de la discrecionalidad ya que en relación con el fin no existe ninguna posibilidad de apreciación subjetiva del agente.

5.3.- Para establecer si respecto de un acto administrativo se ha configurado la causal de desviación de poder y su fin está viciado, es necesario, por una parte, **determinar la finalidad del ordenamiento jurídico superior aplicable a la competencia administrativa que se ejerció** y por otra, **establecer cual es el fin específico buscado por el funcionario que expidió el acto**.

Y justamente, cuando se presenta una divergencia entre dichos fines es que se configura la causal de desviación de poder, en cuanto el fin buscado por el agente no coincide con la finalidad que tuvo el legislador al asignarle la competencia administrativa por él ejercida.

La desviación de poder como causal de anulación de un acto administrativo, tal como ya se ha precisado, implica el **desconocimiento del orden jurídico superior**, es decir una ilegalidad en relación con el fin del mismo.

Por ello es necesario, en primer término, establecer cual es *la finalidad del ordenamiento que regula una determinada competencia administrativa*.

Para hacer dicha determinación es necesario considerar que, por principio, toda la actividad del Estado está enmarcada por el interés general, (al contrario de lo que sucede en las actividades privadas, en las cuales lo que prima es la autonomía de la voluntad) y esa finalidad de la norma en algunos casos está explícita en la norma, en otros casos es necesario acudir a sus antecedentes y, finalmente, es posible que esa finalidad pueda establecerse según la competencia administrativa específicamente regulada.

Y si bien el planteamiento del interés público, resulta demasiado amplio, en cada caso se concreta en un fin específico, según la competencia de que se trate y siempre en la obligación para el funcionario de no tener, como móvil de su decisión, intereses privados o personales, o en general, diferentes de los de la norma superior.

En otros casos ese fin de la norma que no está explícito podrá precisarse por la naturaleza misma de la competencia administrativa de que se trata y será una labor jurisprudencial hacerlo.

En segundo término, se debe establecer *la finalidad de la autoridad administrativa que expidió el acto*, y aquí se presenta una mayor dificultad en cuanto los móviles que tiene en cuenta el funcionario son subjetivos y pertenecen a su fuero interno, y tratándose de fines ajenos al interés público, lo que implica la violación del ordenamiento jurídico, no los hará explícitos y, por el contrario, los ocultará por inconfesables. En este caso se deberá tratar de establecerlos a través del análisis de las diferentes circunstancias que rodearon la expedición del acto en cuestión.

Si hemos dicho que la desviación de poder es un vicio de legalidad, se configurará ésta causal siempre que haya una divergencia entre los fines perseguidos por el autor del acto administrativo y los que según la normatividad superior, debían orientar la decisión.

En este sentido no se trata de un aspecto de moralidad del funcionario como algunos lo afirman²³, sino de pura legalidad y la causal se configurará cuando los fines del acto no coincidan con los de la norma, ya se trate de fines privados,

²³ HAURIUO, opus cit., Pág. 434.



personales o de terceros, o fines públicos pero diferentes de los que corresponden a la competencia ejercida, o finalmente puede haber también desviación del procedimiento²⁴. Y no es necesario que se trate de un fin ilícito o maliciosamente desviado, bien puede ser que el funcionario hubiere incurrido en un error de derecho.

Pero, tal como ya se anotó, el aspecto que mayor dificultad presenta en relación con la desviación de poder es el *aspecto probatorio*²⁵. Y la dificultad radica en dos puntos fundamentales a saber: por una parte el fin que busca el funcionario es un aspecto subjetivo, de su fuero externo y sólo él sabe qué está buscando con su decisión y por otra parte, si está buscando un fin que no coincide con el de la norma que le atribuyó la competencia, lo va a ocultar y no lo hará explícito en la motivación, ya sea por que no lo exprese o porque exprese uno diferente al que realmente tuvo en cuenta, dándole así apariencia de legalidad al acto. Ello ha hecho que la jurisprudencia al juzgar las actuaciones en las que se alega la causal de desviación de poder, tenga un criterio amplio en materia probatoria y acepte ciertas presunciones cuando se prueban los hechos en que se fundan, e indicios, ya que la plena prueba es muy difícil de configurar. Así que la dificultad se presenta tanto para quien alega la causal, como para el juez que tiene que valorar la prueba de la misma.

Sin embargo a pesar de la dificultad es posible establecer esa finalidad ajena a la ley, a través de los documentos que obren en el expediente administrativo y en algunos casos, en la misma motivación que hubiere expresado el autor del acto.

Por otra parte hay que tener en cuenta que si un acto administrativo tiene **varios móviles** y uno de ellos implica la desviación del poder, ello no será suficiente para su nulidad, toda vez que no se puede afirmar que el acto esté viciado²⁶.

Pero en lo que si no hay ninguna duda, en la actualidad es que los actos administrativos son controlables por desviación de poder, sin que ello implique que se desconozca la tridivisión del poder.

²⁴ RIVERO JEAN, WALINE JEAN, Droit Administrative, Dalloz, 15e Édition, Paris 1994, Pág. 217.

²⁵ SANTOFIMIO JAIME ORLANDO, Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, 1998, Pág. 404.

²⁶ SAYAGUÉS-LASO ENRIQUE, opus cit., Pág. 456.

En efecto, si está definido que la causal de desviación de poder se da cuando se ha desconocido la legalidad, al desviar los fines de la norma que atribuyó la competencia específica, o cuando se ha desconocido de manera genérica el principio de legalidad al desconocer el fin de interés público que debe siempre buscar el Estado en todas sus actuaciones, el juez deberá verificar si dicha causal se configura respecto de un acto en concreto, es un control de legalidad de la actividad administrativa, y no de oportunidad o conveniencia, ni de moralidad.

Y lo anterior tiene mayor trascendencia cuando se trata de facultades de carácter discrecional respecto de las cuales el fin constituye un límite al ejercicio de la respectiva competencia²⁷.

En este aspecto hay que precisar que dicho control procede siempre contra todo acto administrativo, ya sea que respecto de él se configuren varias causales de anulación o que solamente se configure la de desviación de poder. Al respecto algún sector doctrinario²⁸ ha considerado que si se dan otras causales de anulación el juez no puede verificar si se ha configurado la desviación de poder, lo cual no tiene razón de ser cuando se trata de un control de legalidad, aún en relación con el elemento finalista del acto administrativo.

6.- DESVIACIÓN DEL PODER Y ABUSO DEL DERECHO

La desviación de poder, como causal de anulación de los actos administrativos, tiene su equivalente en el campo del Derecho Privado y, específicamente, en el Derecho Civil, en la teoría del abuso del derecho y aunque se trata de conceptos diferentes, con frecuencia se utilizan dichos términos como sinónimos. Por ello es de importancia precisar su alcance y sus efectos.

La teoría del abuso de los derechos fue fundamentalmente desarrollada a nivel doctrinario y jurisprudencial en Francia²⁹ y parte de la aceptación de la relatividad de los derechos, para afirmar que todos y cada uno de ellos, aún los mas sagrados tienen una razón de ser, una misión que cumplir, un fin que persiguen, del cual no es posible, para su titular, desviarse.

²⁷ GARCÍA DE ENTERRIA EDUARDO, La Lucha contra las Inmunidades del Poder, opus cit. Págs. 24 y siguientes.

²⁸ SAYAGÚES-LASO ENRIQUE, opus cit., Pág. 456.

²⁹ Ver entre otros: JOSSERAND LOUIS, Derecho Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores Buenos Aires, Reimpresión 1993, Tomo II Volumen I, Págs. 311 y siguientes. MAZEAUD HENRI, LEON y JEAN, Lecciones de Derecho Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, Parte Segunda, Volumen II, Págs. 137 a 146.



Lo anterior, porque los derechos son dados para la sociedad, a la cual sirven, más que al individuo; por lo tanto no son absolutos y deben ejercitarse de acuerdo al espíritu que los inspira, no siendo lícito ejercerlos en una falsa dirección, sin abusar de ellos, con lo cual su titular se hace responsable del daño causado con esa desviación. Así que aunque se ejerza un derecho legalmente reconocido, si en dicho ejercicio se incurre en una falta, es ésta la que causa el abuso, porque aunque está respaldada por un derecho subjetivo, está en conflicto con el derecho objetivo o juridicidad.

Para algunos cuando se habla de abuso del derecho se trata simplemente de la aplicación de la teoría de la culpa, ya que "...toda persona que no se conduce como lo habría hecho un individuo cuidadoso, incurre en una culpa y compromete su responsabilidad, ya se haya causado el daño en ejercicio de un derecho o fuera del mismo"³⁰.

Para quienes, como Planiol, no comparten la teoría del abuso del derecho, quien ejerce un derecho no puede incurrir jamás en culpa, por cuanto el abuso comienza donde termina el derecho y un mismo acto no puede ser, a la vez, conforme al derecho y contrario al derecho. Para precisar, cuando se configura ese abuso del derecho, tampoco hay unidad de criterios, ya que se ha propuesto, por una parte, la tesis restrictiva según la cual solo puede hablarse de abuso del derecho cuando quien lo ejerce lo hace con la intención de perjudicar, es decir cuando se da la culpa intencional y, por otra, la tesis extensiva, según la cual también puede configurarse el abuso de un derecho, aunque no exista la intención de causar un daño y surge entonces el criterio de la finalidad social de los derechos, elaborado por Josserand y el de la culpa propuesto por Mazeaud.

Pero todo lo anterior, nos permite concluir, en relación con el tema objeto de estudio, que entre la desviación del poder, en los términos en que se ha precisado, a lo largo del presente trabajo y el abuso del derecho se presentan diferencias esenciales y sus efectos se producen en ámbitos diferentes.

En efecto, las dos son *nociones teleológicas*, en cuanto se refieren al fin perseguido por el autor del acto, pero mientras la desviación del poder puede presentarse cuando una autoridad administrativa ejerce una función atribuida por la ley, el abuso del derecho se refiere a aquellas situaciones en las cuales un particular ejerce un derecho legalmente reconocido, si los dos tienen como fin, móviles diferentes de los que tuvo en cuenta la ley que atribuyó la competencia o que consagró el derecho ejercido.

³⁰ MAZEAUD HENRI, LEON y JEAN, opus cit. Pág. 138.

Y sus efectos son diferentes ya que la consecuencia inmediata de la desviación de poder es la anulación del acto administrativo, mientras que la consecuencia del ejercicio abusivo de un derecho es la responsabilidad que surge para quien lo realiza, de reconocer una indemnización³¹.

Se trata de conceptos que aunque se aplican en ámbitos diferentes tienen aspectos que los acercan en cuanto, en los dos casos se utiliza el poder jurídico con una finalidad “antisocial y mal intencionada” diferentes a la prevista en la ley reguladora de la respectiva competencia y en sus efectos, al final puede haber identidad, en cuanto en lo administrativo además de la anulación del acto bien puede, como consecuencia decretarse una indemnización del daño causado por el acto desviado.

Además, si se tiene en cuenta que la noción de desviación de poder, tal como fue elaborada por la jurisprudencia francesa, operaba en un Estado autoritario, y ese Estado hoy ha cambiado, en cuanto como lo afirma el Profesor Luciano Parejo Alfonso, al referirse a las disfunciones de la organización y funcionamiento del Estado Social de Derecho en la Administración Pública precisa, como consecuencia: “...*la quiebra de la exclusividad de la determinación del poder real o efectivo por los órganos estatales titulares del poder formal político, en razón de la mayor interpenetración del Estado y Sociedad y, consecuentemente, la mayor importancia adquirida por organizaciones tales como los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones patronales, las organizaciones profesionales, etc...*”³², necesariamente los conceptos del abuso del derecho y de la desviación del poder son mucho más cercanos hoy, que cuando se elaboró, por primera vez, esta última teoría.

7.- CONCLUSIONES

- Se trata de una causal autónoma que se refiere al elemento finalista del acto administrativo.
- No requiere consagración especial por cuanto está incluida dentro de la legalidad. Es un vicio de estricta legalidad.
- No se puede confundir con los vicios relacionados con otros elementos del acto administrativo y en especial con los hechos que le sirven de causa, ya

³¹ El Artículo 3° del Código de Comercio de Colombia establece que quien abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar el daño que cause.

³² PAREJO ALFONSO LUCIANO, opus cit, Pág. 96



que la no adecuación del acto con los hechos origina una falsa motivación, mientras que la no adecuación de los fines del acto con los fines de la norma superior da lugar a la desviación del poder.

- Por razón de la dificultad de la prueba es una causal que se utiliza subsidiariamente, aunque no hay ninguna razón para que no exista un pronunciamiento respecto de ella, si hay otros vicios que afecten el acto juzgado.
- El control respecto de los actos administrativos, en relación con la causal de desviación de poder no desconoce la tridivisión del poder, toda vez que se trata de un juicio de legalidad de la administración y no de moralidad del funcionario o de oportunidad y conveniencia.
- Aunque se afirma que actualmente se presenta un decaimiento en la importancia de esta causal de anulación de los actos administrativos, dicha afirmación no puede generalizarse, ya que si bien es cierto que en el derecho francés ha perdido importancia en cuanto la evolución jurisprudencial le ha dado mayor importancia a la causal de la falsa motivación y ha aceptado la inexactitud material de los motivos alegados por la administración, lo cual es más fácil de probar, se encuentra debidamente consagrada en normas positivas de rango constitucional, como sucede con lo dispuesto por el Artículo 106,1 de la Constitución Española, que dispone que los Tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.
- No puede confundirse el concepto de desviación del poder como una de las causales de anulación de los actos administrativos, con el de abuso del derecho propio del derecho privado.

EL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER
EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

EL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Carmelo De Grazia Suárez

I.- ANTECEDENTES Y NOCIÓN.

La desviación de poder como vicio del acto administrativo es, al igual que la mayoría las instituciones de esta rama del Derecho, resultado de la obra pretoriana del Consejo de Estado Francés.

Aunque sin esa denominación, el concepto material de desviación de poder apareció por vez primera en el *arret Vernes*, del 19 de mayo de 1858, por medio del cual el Consejo de Estado anuló la decisión del Alcalde de Trouville, que prohibía a los bañistas vestirse y desnudarse en lugares distintos a los establecimientos municipales. Consideró -en efecto- el Consejo de Estado, que la prohibición fijada por el Alcalde no tenía como finalidad resguardar la seguridad y moralidad pública -como lo exigía la ley del 19 de mayo de 1848, que había servido de fundamento a dicha medida- sino que su propósito era, simplemente, favorecer los intereses económicos municipales, mediante el cobro -a los bañistas- de las tasas por el uso de los establecimientos públicos destinados al cambio de ropa. El móvil psicológico, la intención, el fin de la actuación del Alcalde, se había desviado, entonces, del poder de policía que le otorgaba la ley, y al anular la decisión administrativa con fundamento en esa circunstancia, el Consejo de Estado -sin proponérselo- le daba carta de naturaleza a uno de los típicos vicios del acto administrativo: la desviación de poder.

La denominación de este vicio se debe a la obra de Leon Aucoc, quien -en 1878- lo definió -en términos todavía vigentes- como “la desviación del poder ...conferido a la Administración”, que el agente administrativo comete “usando su poder discrecional para un caso y por motivos distintos a aquellos en relación a los cuales tal poder le había sido conferido” (AUCOC, Leon, *Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif*, Paris, Dunod, 1878, pág. 467).

RIVERÓ, por su parte, la define como «el vicio que enerva un acto mediante el cual la Administración ha perseguido un fin distinto al que el Derecho le asigna, desviando así, de su fin legal, el poder conferido».

Las enseñanzas de la doctrina y jurisprudencia francesa fueron trasladadas – aunque con cierta tardanza- al Derecho Administrativo venezolano. Correspondió a la extinta Corte Federal y de Casación establecer, en el plano jurisprudencial –y en ausencia de una norma expresa que aludiera a este vicio- los criterios definidores de la desviación de poder. Y con la claridad propia de aquellos fallos, la Corte Federal, en decisión del 28 de septiembre de 1954, definió la desviación de poder como el vicio que afecta un acto administrativo cuando, si bien ha sido dictado «por quien está facultado para hacerlo y en forma tal que aparece subordinado a la ley, en su espíritu o en el fondo es **realmente contrario a la finalidad del servicio público o de los principios que informan la función administrativa**».

«No es –aclaró la Corte Federal- que el agente público carezca de competencia para ejecutar el acto o que éste choque contra una disposición legal o norma obligatoria; ni que se omitan determinadas formalidades exigidas por la Ley, sino que no obstante emanar el acto de autoridad competente y encuadrarse objetivamente en la Ley, repugne a los principios de la equidad y, por consiguiente, amenace el funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos, que, en un estado de derecho como el que garantiza nuestro ordenamiento jurídico, ha de constituir meta invariable como genuina expresión de democracia orgánica. Porque la actividad administrativa en el Estado de Derecho está condicionada por Ley o la obtención de determinados resultados, y por ello no puede la Administración Pública procurar resultados distintos a los perseguidos por el legislador, aun cuando aquellos respondan a la más estricta legalidad o moralidad, pues lo que se busca es el logro de determinado fin, que no puede ser desviado por ningún motivo, así sea plausible éste. Como lo enseña la doctrina, la ley atribuye a la autoridad administrativa el ejercicio de cierta facultad, pero se la atribuye para obtener un fin determinado, si la autoridad administrativa se sirve de tal poder que efectivamente le ha sido conferido, (...), para obtener un fin distinto de aquel buscado por la ley, desvía la finalidad de ésta, y por ello se dice que hay “desviación de poder”»

De igual manera, en sentencia del 7 de agosto de 1997 (Caso: Editorial 2001, C.A; Expediente 13.758), la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia definió la desviación de poder como *“aquella ilegalidad en la que incurre la autoridad administrativa en aquellos casos en que si bien se han respetado las formalidades externas para la emisión del acto, no se ha atendido, en cambio a la finalidad que habilita el ejercicio de esa potestad pública”*.



II.- FUNDAMENTO NORMATIVO.

La recién derogada Constitución de 1961 introdujo la noción de “desviación de poder” en el derecho positivo venezolano. La influencia de la doctrina española, que para la época en que se discutió la Constitución se hallaba representada en esta tierra por el Profesor MOLES CAUBET, fue determinante en la redacción del artículo 206 Constitucional, el cual –en términos similares a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Española de 1956- facultó a los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para anular los actos administrativos contrarios a derecho, “*incluso por desviación de poder*”. En la misma forma, el vicio de desviación de poder aparece reconocido en el artículo 259 de la vigente Constitución.

El reconocimiento expreso que la Constitución hace respecto de la desviación de poder, obedece a dos razones que han sido resaltadas por la doctrina: (i) en primer lugar, el constituyente deja constancia que éste era un motivo real de anulabilidad que existía en el ordenamiento jurídico (González Pérez, Jesús. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Civitas, 1978, p.1029); (ii) y además, otorga rango fundamental al concepto integral e institucional del ordenamiento jurídico, en cuyo mérito la Administración se encuentra sujeta no sólo a las disposiciones que integran el “bloque de legalidad”, sino también a los principios que derivan de la propia naturaleza y finalidad de las instituciones (Cfr. CHINCHILLA MARÍN, Carmen. *La desviación de poder*. Madrid, Civitas, Segunda Edición, 1999; p.46).

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA, 1982) también se encarga de proscribir la desviación de poder, al establecer, como principio general (artículo 12), que la actuación de la Administración, incluso cuando ejerza facultades discrecionales –i.e. “cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida a juicio de la autoridad competente”- deberá mantener la debida “*adecuación con ... los fines de la norma*”. De esta manera, la Ley de Procedimientos Administrativos deja claro que el cumplimiento de los fines de la norma es siempre un elemento reglado del acto administrativo, incluso cuando se trate de potestades atribuidas a la Administración bajo la técnica de la competencia discrecional.

Por lo tanto, la falta de adecuación del acto administrativo a los fines de la norma traducirá, siempre, la configuración del vicio de desviación de poder. Como señalan los autores AUBRY-DRAGO, «cuando la jurisdicción contencioso administrativa trata de descubrir la desviación de poder, debe ante todo investigar el fin previsto por el legislador, comparando este fin con aquél que ha seguido la

autoridad administrativa al adoptar su decisión. En suma: ha de producirse la coincidencia entre ambos fines» (Apud, Moles Caubet, Antonio. *Estudios de Derecho Público. El principio de legalidad y sus implicaciones*. Caracas, 1997. pág. 334).

III.- LA DESVIACIÓN DE PODER: VICIO QUE AFECTA A LOS ACTOS DEL PODER PÚBLICO, O VICIO EXCLUSIVO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Para un sector de la doctrina (CASSAGNE, TAWIL) la desviación de poder no es, en sentido lato, un fenómeno circunscrito al plano de la actividad administrativa, pues no han sido escasos los supuestos en que leyes, reglamentos e inclusive sentencias judiciales han perseguido fines encubiertos, distintos de aquellos tenidos en mira al conferirse al órgano respectivo la facultad de obrar.

En Venezuela, esta tesis ha sido acogida por un importante sector de la doctrina. Así, los Ex Magistrados del Supremo Tribunal, Dres. Hildegard Rondón de Sansó, Humberto J. La Roche y Héctor Grisanti Luciani –en el voto salvado de la sentencia de la Corte en Pleno del 28 de mayo de 1998, dictada con motivo del juicio previo de constitucionalidad, seguido por el Ex Presidente de la República Dr. Rafael Caldera contra la Ley que crea el Territorio Federal Vargas— sostuvieron que la referida Ley, **“al reducir el ámbito espacial del Distrito Federal para crear el Territorio Vargas, lo que hizo fue preparar la vía para la creación del Estado Vargas sin necesidad de hacerlo por su régimen natural, que era el de la reforma constitucional”**. Esta modalidad de actuación –señalaron los Magistrados- **“configura lo que se denomina en Derecho Administrativo *desviación de poder* y cuando alude específicamente a la búsqueda de una forma diferente a la que es propia de la naturaleza del acto, se convierte en *desviación del procedimiento*”**. Dicho vicio –afirmaron los Magistrados- **“puede afectar no sólo a los actos administrativos, sino también a los actos de gobierno y a los actos del Poder Legislativo”**.

V.- LA DESVIACIÓN DE PODER: VICIO DE NULIDAD ABSOLUTA O DE NULIDAD RELATIVA.

En cuanto a la categoría del vicio de desviación de poder (vicio de nulidad absoluta o de nulidad relativa), conviene recordar que la legislación venezolana adoptó el modelo de la derogada Ley de Procedimientos Administrativos Española, consistente en enumerar taxativamente una serie de vicios de nulidad



absoluta (artículo 19 L.O.P.A), y otorgar a los restantes, la categoría de vicios de nulidad relativa o de anulabilidad (artículo 20).

La desviación de poder no se encuentra en la enumeración taxativa del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, de allí que, por aplicación de la cláusula de residualidad prevista en el artículo 20 de la misma Ley, debe considerarse dicho vicio como *de nulidad relativa*.

Conviene aclarar, sin embargo, que la desviación de poder, a pesar de ser un vicio de nulidad relativa, es –por su propia naturaleza- inconvaleable e insubsanable. Así lo puso de manifiesto la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en el celebre caso “Farmacia Unicentro” (31-01-90), al señalar que «...**no son sólo los actos viciados de nulidad absoluta los que la administración está impedida de convalidar, pues ocurre también que ciertos vicios de nulidad relativa podrían no ser susceptibles de convalidación. En efecto, a más de los vicios a que se contrae el artículo 19 de la Ley, se presentan otros en donde la convalidación no es permisible. Ello puede decirse de la desviación de poder, vicio no incluido como de nulidad absoluta –de difícil constatación- en la enumeración del artículo 19 ejusdem**».

VI.- LA DESVIACIÓN DE PODER EN LA JURISPRUDENCIA.

En la revisión jurisprudencial realizada, hemos obtenido algunos casos interesantes, relacionados con el vicio de desviación de poder:

1.- *Caso Constructora Nelsón.*

Así, en el caso Constructora Nelson, también conocido como “Mariperez”, el máximo Tribunal anuló el acto del Ejecutivo Nacional por medio del cual se había revocado un Decreto Expropiatorio que afectaba a dicha empresa, luego de verificar que el fin perseguido con esa actuación era evitar pagar a la parte expropiada el justiprecio definitivo que había quedado firme en el proceso expropiatorio. La Corte hizo suyo, en esa oportunidad, el criterio de la Procuraduría General de la República, organismo que en su opinión había sostenido:

“...resulta obvio que la verdadera finalidad de los actos impugnados no fue, como dichos actos declaran, reducir el área expropiable ... sino dejar sin efecto lo actuado y reponer las cosas al estado de iniciar nuevamente el proceso expropiatorio para obtener así –en

provecho de la Administración- una segunda oportunidad de establecer el precio del bien a expropiar”. “Aunque tal cosa se hizo con la probable intención de beneficiar a la propia Administración, no por ello deja de constituir un caso típico de *desviación de poder...*”.

2.- Caso Juan F. Ramírez vs UNELLEZ.

Otro clásico precedente en esta materia, lo constituye la decisión de fecha 13 de agosto de 1986, dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en el juicio seguido por el ciudadano Juan F. Ramírez contra la Universidad Nacional Experimental de los Llanos “Ezequiel Zamora”.

La acción de nulidad había sido ejercida contra un acto disciplinario, dictado contra el recurrente por las autoridades de la mencionada Universidad. La Corte Primera consideró que se había configurado el vicio de desviación de poder, toda vez que el acto impugnado *no fue resultado de “la limpia aplicación de un procedimiento disciplinario, sino que encubrió una venganza de las autoridades”*, conclusión que se apoyó en el testimonio de diversos testigos, quienes fueron contestes en declarar *“que existía una enemistad manifiesta de los máximos titulares de la Universidad” contra el recurrente.*

3.- Caso Premex. Sentencia del 28/3/88. TS1°C.A.

El caso *“PREMEX vs Ingeniería Municipal del Distrito Sucre”* es otro de los precedentes judiciales anulatorios de decisiones administrativas con fundamento en el vicio de desviación de poder. En esa oportunidad, el Tribunal Superior Primero en lo Civil, y Contencioso-Administrativo de la Región Capital, consideró que la orden de demolición expedida por la Dirección de Ingeniería Municipal del Distrito Sucre se encontraba incurso en el vicio de desviación de poder, pues había quedado comprobado que dicha decisión no había sido dictada en defensa del orden público urbanístico sino para “satisfacer”, en vísperas de elecciones municipales, “la presión temporal de una Asociación de Vecinos”.

4.- Caso Gabriel Mendoza contra Ministerio del Ambiente.

Más recientemente, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo –en sentencia del 21 de febrero de 1996 (Caso: Gabriel A. Mendoza Figueroa contra



el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables)- anuló el acto de remoción dictado contra el querellante por considerarlo incurso en desviación de poder, luego de comprobar que dicha decisión obedecía a razones de oportunidad y conveniencia propias de los actos de esa especie, sino que a través de él lo que se buscaba era castigar un presunto ilícito disciplinario, sin seguir el procedimiento de destitución.

Y es que, en efecto, la medida de remoción en el ámbito funcional, debe estar orientada exclusivamente por criterios de conveniencia y oportunidad, razón por la cual no constituye una *sanción* contra el funcionario público, y su imposición –por tanto- no requiere la sustanciación previa de un procedimiento sancionatorio.

Es por ello que la Administración no puede acudir a la remoción, cuando el motivo de la extinción de la relación de empleo público lo constituya la presunta comisión de un ilícito por parte del funcionario, pues en tales casos la potestad de remover al funcionario que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción se estaría ejerciendo con el propósito de lograr una finalidad distinta, esta es: sancionar a dicho funcionario por la comisión del pretendido ilícito, finalidad que sólo podría lograrse mediante la previa sustanciación de un procedimiento disciplinario en el cual se acredite, con suficiente grado de certeza, la comisión del ilícito y su imputabilidad al infractor. Incurrir por tanto en desviación de poder la Administración cuando ejerce la potestad de remoción con fines represivos o sancionatorios.

5.- Caso empleados del Municipio Sucre.

El vicio de desviación de poder fue igualmente estimado en la sentencia del 30 de julio de 1998, dictada por el Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital (Exp. 3958).

En esa oportunidad, un grupo de 42 funcionarios del Municipio Sucre, impugnaron el procedimiento de reducción de personal que había sido adelantado por las autoridades del Municipio con fundamento en supuestas limitaciones presupuestarias, y que había culminado con el retiro de todos los querellantes de la Administración Municipal.

Al decidir el fondo del asunto, el Tribunal Superior advirtió que en el curso del proceso quedó demostrado que la Alcaldía del Municipio Sucre del Estado

Miranda, incluso antes de vencer el período de disponibilidad de los accionantes, procedió a ingresar nuevos funcionarios en cargos similares a aquellos que ocupaban los recurrentes. Tal circunstancia –en palabras del Tribunal– “demuestra que la verdadera finalidad perseguida con la reducción de personal, no fue solventar un problema coyuntural de limitaciones financieras, como se afirmaba en el procedimiento de remoción, sino provocar la existencia de cargos vacantes para luego proveerlos con nuevos funcionarios, lo cual, además de infringir el derecho a la estabilidad de los funcionarios querellantes, configura un típico caso de desviación de poder, vicio de orden público sancionado con nulidad en el artículo 206 de la Constitución”.

6.- La desviación de poder y su incidencia en el proceso contencioso administrativo.

Una de las manifestaciones más grave –pero también la más cotidiana– de la desviación de poder, se presenta respecto de las actuaciones procesales de la Administración, así como del ejercicio de la potestad de autotutela revisora por parte de la Administración.

En efecto, en variadas oportunidades el derecho procesal de convenir en la demanda; así como la potestad de autotutela revisora –en cuyo mérito puede la Administración extinguir sobrevenidamente los actos por ella dictados, bien por razones de ilegalidad o con fundamento en razones de mérito oportunidad y conveniencia– se ejerce con el único propósito de hacer nugatoria o imposibilitar la protección judicial del administrado que ha sido afectado por un acto administrativo.

El supuesto típico ocurre cuando el particular, afectado por un acto administrativo, ha impugnado dicho acto ante la jurisdicción contencioso administrativa, y las probabilidades de éxito de la Administración en el juicio son escasas. En tales situaciones, es frecuente que la Administración, de manera sobrevenida y con el propósito de evitar una decisión desfavorable; desconocer las medidas cautelares decretadas o mantener al recurrente sin satisfacción efectiva de sus pretensiones, convenga en la nulidad del acto sólo en lo relativo a sus vicios formales, o **revoque o anule** el acto impugnado y pretenda que como consecuencia de tal medida, el juez contencioso administrativo declare **no tener materia sobre la cual decidir**.

Se observa, sin embargo, una tendencia progresiva a prevenir y reprimir tal conducta. Para ello, la jurisprudencia ha admitido tres vías fundamentales:



- a. En primer lugar, el afectado por el acto sobrevenido puede impugnar dicho acto en un nuevo proceso, denunciando la configuración de la desviación de poder.*

Así ocurrió en el caso *Concretera Martín, C.A., contra el Municipio Almirante Padilla del Estado Zulia*, resuelto mediante sentencia de fecha 17 de abril de 1997 dictada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

La empresa *Concretera Martín, C.A.*, había impugnado los actos por medio de los cuales el Alcalde del Municipio Almirante Padilla del Estado Zulia había declarado la caducidad de las concesiones otorgadas a la recurrente, para la explotación de las canteras Los Buchones y Montiel Guillén. La empresa accionante había solicitado la suspensión de efectos de los actos recurridos, petición que había sido otorgada por la Sala Político-Administrativa (sentencias del 23 de julio de 1992).

Una vez suspendidos los efectos de los actos declarativos de la caducidad de la concesión, el Alcalde del Municipio Padilla procedió a convenir en la demanda de nulidad reconociendo los vicios formales de los actos impugnados, previa aprobación del Concejo Municipal.

Sin embargo, el acto aprobatorio del convenimiento no se produjo para satisfacer plenamente las pretensiones del recurrente, sino para evitar cumplir el mandamiento cautelar dictado por el Supremo Tribunal. En efecto, de las propias Actas de Sesiones del Concejo Municipal, quedó comprado que la aprobación del convenimiento se hizo teniendo en cuenta que el mantenimiento de la suspensión de efectos acordada por la Sala, obligaría a devolver a la empresa recurrente la posesión de las canteras concedidas, “con el consecuente perjuicio para los intereses del Municipio, ya que se han celebrado nuevos contratos de concesión en condiciones económicas mucho más ventajosas para los intereses del Municipio...”.

La empresa *Concretera Martín* interpuso, ante la misma Sala, un nuevo recurso contra el acuerdo del Concejo Municipal que autorizó el convenimiento, y al decidir dicha demanda la Corte concluyó señalando que el acto aprobatorio del convenimiento estaba viciado de desviación de poder, ya que “...*el propósito de impedir a los antiguos concesionarios reasumir la gestión de las concesiones, resulta absolutamente ajeno al restablecimiento de la legalidad administrativa, único fin que por si mismo justifica que la Administración Municipal reconozca, procesal o extraprocesalmente, la nulidad de un acto administrativo que ella haya dictado*”. Añadió la Corte

que el Concejo Municipal “*al autorizar el convenimiento en los juicios de nulidad, persiguió un propósito distinto y contrario al restablecimiento de la legalidad administrativa, buscando evitar a través de artificios contrarios a derecho, las consecuencias jurídicas de la anulación de dichas resoluciones*”.

b. Un paso adelante: la declaratoria de nulidad del acto revocatorio en el mismo juicio.

Un paso adelante en la represión de esa viciada práctica de la Administración, la constituye el fallo dictado por la Sala Político-Administrativa en fecha 18 de junio de 1998, en el juicio seguido por la empresa AVENSA contra el Ministerio de Transporte y Comunicaciones. En dicha decisión, la Sala establece como criterio general que los actos sobrevenidos por medio de los cuales la Administración pretenda revocar o anular un acto que ya ha sido impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativa, califican como “actos reeditados” y, en consecuencia, su nulidad puede ser declarada en el mismo proceso judicial seguido contra el acto inicial.

Los hechos del caso, fueron los siguientes:

El 24 de marzo de 1997, conocido el proceso de liquidación amigable de VIASA, AVENSA solicitó al Ministerio de Transporte y Comunicaciones que comunicase por escrito a las autoridades aeronáuticas de España, Portugal e Italia, la designación contenida en la Resolución No. 310, mediante la cual se autorizaba a AVENSA a volar hacia las capitales de esos países: Lisboa, Madrid y Roma.

En lugar de cumplir lo solicitado por AVENSA, el Ministro procedió a REVOCAR la Resolución No. 310. A tal efecto, en fecha 7 de julio de 1997, produjo una nueva Resolución –No. 1028- en la cual anuló la autorización otorgada a la mencionada línea aérea para volar hacia Italia, España y Portugal.

Contra ese acto administrativo de anulación, AVENSA ejerció recurso de nulidad ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, alegando que se habían violado los derechos constitucionales de igualdad, defensa y libertad económica de AVENSA, y que el Ministro, al revocar los derechos de la empresa aérea para volar hacia Italia, España y Portugal, había incurrido en violación de la cosa juzgada administrativa y en el vicio de desviación de poder.

Desde el mismo momento en que AVENSA decidió acudir a la Corte Suprema de Justicia, el MTC inició una serie de actuaciones tendientes a impedir una



decisión del Supremo Tribunal sobre el fondo del asunto. Así, en fecha 1 de agosto de 1997, dictó la Resolución 006, a través de la cual volvió a anular la Resolución 310. Posteriormente, el 11 de marzo de 1998, cuando el juicio se encontraba en fase de sentencia, el Ministro dictó una nueva Resolución mediante la cual anuló las Resoluciones 1028 y 006 y ordenó iniciar un nuevo procedimiento para volver a anular la Resolución 310.

Esos actos posteriores también fueron impugnados por AVENSA en el mismo proceso y resultaron anulados por la CSJ, por considerar que la intención de esas providencias administrativas no había sido otra que lesionar el derecho de la empresa actora de recibir la decisión de fondo apropiada.

El fallo sostiene que el vicio de desviación de poder, “uno de los más difíciles de demostrar en el ámbito contencioso administrativo”, había quedado plenamente acreditado en el expediente, pues “el cúmulo de elementos probatorios constantes en autos demuestran que el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, en forma pública manifestó su intención de licitar las rutas que la recurrente pretende”, por lo que el verdadero fin de los actos sucesivos dictados por el MTC, “no es otro que el impedir que una decisión sobre tales pretensiones se produzca de inmediato, renovando un procedimiento administrativo que, con todas sus incidencias y la eventualidad de un nuevo juicio contencioso-administrativo, le permita disponer del tiempo necesario para asumir nuevas decisiones”.

Por lo anterior, se declaró la nulidad no sólo del acto inicialmente impugnado, sino también de la Resolución No. 01 y de la providencia DG-036-98, por “incurrir en desviación de poder, prevista en el artículo 206 de la Constitución”.

Esta doctrina fue ratificada en el fallo recaído en el juicio de Omayra Josefina Gómez contra Consejo de la Judicatura, sentencia de la SPA del 2 de diciembre de 1998; así como en el juicio de WILMER GIL JAIME y ASDRÚBAL SALOM, contra Asamblea Legislativa del Estado Bolívar; sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 14 de octubre de 1999.

c. El proceso no decae hasta tanto se satisfagan plenamente las pretensiones del recurrente.

El último paso de esta evolución jurisprudencial, está representado por la sentencia de la Sala Político-Administrativa de fecha 21 de octubre de 1999, recaída en el juicio seguido por varias empresas de transporte público en rutas extraurbanas, contra la Alcaldía del Municipio Simón Planas del Estado Lara.

En este caso, las recurrentes demandaron nulidad del Decreto por medio del cual la Alcaldesa del Municipio Simón Planas había “congelado” la tarifa aplicable a la ruta Barquisimeto-Acarigua, derogando así un aumento de tarifas que había sido previamente aprobado mediante resolución conjunta de los extintos Ministerios de Fomento y de Transporte y Comunicaciones.

Cuando el juicio se encontraba en estado de sentencia, la Alcaldesa consignó en el expediente un nuevo Decreto por medio del cual procedió a derogar el acto impugnado, por considerar que “habían cesado las causas que le dieron origen”.

Como punto previo, la Corte analizó si tal derogatoria implicaba que no existía materia sobre la cual decidir y en tal sentido estableció los siguientes principios:

- A.- Que una de las formas de extinción del proceso contencioso administrativo de nulidad es la *satisfacción extraprocetal de la pretensión*, la cual surge “cuando la Administración demandada ‘reconoce’ totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante. No basta pues para que se produzca la satisfacción extraprocetal y por tanto la extinción del proceso que la Administración ‘decida’ sobre las pretensiones del actor sino que es preciso que las estime totalmente”. “Se produce esta figura, dicho sea gráficamente, cuando la Administración toma una decisión que *coincide totalmente con la petición del administrado*” (Sentencia del 17 de junio 1988, citada por GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Segunda Edición, Editorial Civitas, pp. 369-370).
- B.- Es contrario a la garantía de obtener una tutela judicial efectiva, dar por terminado el juicio de nulidad ante la revocatoria por parte de la Administración del acto impugnado, cuando dicha revocatoria, en lugar de satisfacer las pretensiones del recurrente, permite presumir que tiene la finalidad de hacer extinguir la expectativa de un pronunciamiento judicial y reafirmar el acto inicialmente impugnado.
- C.- En el caso concreto, la pretensión de los recurrentes sólo podía ser satisfecha extraprocetamente (en vía administrativa), a través de un acto administrativo mediante el cual la ciudadana Alcaldesa del Municipio Simón Planas del Estado Lara, en ejercicio de su potestad anulatoria, procediera a reconocer la nulidad absoluta del Decreto impugnado.
- D.- La actuación de la Administración Municipal, al derogar el acto impugnado por considerar que habían cesado las causas que le dieron origen,



de ningún modo satisface la pretensión de los recurrentes, antes bien, puede afirmarse en términos generales que *la revocatoria de un acto por razones de mérito, oportunidad o conveniencia, parte de suponer que el acto revocado (en este caso, el Decreto impugnado) es plenamente válido, pero que su existencia ya no se justifica por razones sobrevenidas.*

- E.- El ejercicio de la potestad revocatoria fundada en razones de mérito, oportunidad o conveniencia –como ha ocurrido en el caso presente- no constituye, por tanto, una forma de dar por satisfecha la pretensión anulatoria que apareja todo recurso contencioso administrativo de anulación, toda vez que en lugar de significar un reconocimiento de la inconstitucionalidad o ilegalidad que el recurrente denuncia cometida, *lleva de suyo una reafirmación de la validez del acto impugnado*, el cual sólo pierde vigor por ser ello más conveniente al interés general.

VII.- CONCLUSIONES

De todo lo precedentemente expuesto, podemos deducir que el vicio de desviación de poder, ha sido reconocido por la Jurisprudencia, constitucionalizado desde 1961 y regulado como límite a las potestades públicas, en especial las discrecionales en la Ley de Procedimientos Administrativos. Se trata de un vicio que afecta no solo a los actos administrativos, sino también a otros actos del Poder Público. Ha sido considerado un vicio de nulidad relativa, pero invalorable. La jurisprudencia ha mantenido una línea de evolución, destinada a reprimir las actuaciones viciadas de desviación de poder, en especial en aquellos casos en los que el acto desviado pretende incidir en el proceso contencioso administrativo.

LA DESVIACIÓN DE PODER

LA DESVIACIÓN DE PODER

Emilio Ramos González
Especialista en Derecho Administrativo

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. **I. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.** **II. CONCEPTO.** **A.** La desviación de poder presupone el ejercicio de potestades. **B.** El ejercicio de potestades para fines distintos de los previstos por el ordenamiento jurídico. **C.** La desviación de poder como un mal uso o abuso del margen de discrecionalidad que permite la norma. **1.** La desviación de poder y otras categorías jurídicas. **2.** Desviación de poder y discrecionalidad. **D.** La desviación de poder implica la aparente legalidad del acto. **III. LA PRUEBA DE LA DESVIACIÓN DE PODER.** **IV. AMBITO DE APLICACION.** **A.** Desviación de poder y potestad legislativa. **B.** Desviación de poder y potestad jurisdiccional. **V. CONCLUSIONES.** **VI. BIBLIOGRAFÍA.**

INTRODUCCION

Como tantas otras categorías jurídico-administrativas, la desviación de poder tiene su origen en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés de finales del siglo XIX. Su desarrollo jurisprudencial vino de la mano de la necesidad y del propósito del Consejo de Estado de extender el control jurisdiccional a aquellos actos discrecionales, que hasta ese momento venían considerándose como actos de pleno y libre poder de apreciación. Al ser estos actos discrecionales el resultado del ejercicio de un poder de apreciación no regulado en la ley, será precisamente la falta de reglas para constatar la legalidad del acto la que determinará la necesidad de acudir al fin, y así aparecerá la figura de la desviación de poder (*détournement de pouvoir*), que consiste en el control de la conformidad del acto con el fin o el *espíritu* de la ley. En efecto, cuando el poder conferido por la ley a la Administración se ha ejercido atendiendo a un fin distinto del previsto por ella (ley), estaremos ante una forma especial de exceso de poder que va a denominarse desviación de poder. Puede decirse que esta fórmula conceptual, con ciertas variaciones, sigue vigente en nuestros días¹.

¹ Chinchilla Marín, C. (1989). *La desviación de poder*. Madrid, España: Editorial Civitas, p. 22.

En cuanto a su naturaleza jurídica, debe señalarse que inicialmente se sostuvo que la desviación de poder sometía a la Administración a un control de moralidad. Así, para Hauriou, la ley no podía jamás vincular enteramente al poder discrecional, que no se halla plenamente ligado sino por la moralidad administrativa. Donde hay desviación de poder no hay ilegalidad, sino falsa directriz, que olvida la subordinación del poder administrativo a su fin que es el servicio y el bien del servicio. No obstante, esta tesis de la violación de la moralidad administrativa fue superada por la doctrina francesa, la cual concibe la desviación de poder como una forma más de ilegalidad administrativa. Laferrière en 1896 la concibió ya como un vicio de ilegalidad, sosteniendo que “si la ley no fija anticipadamente el tenor literal de las decisiones discrecionales, determina al menos su fin general y el espíritu dentro del cual deben ser adoptadas”. “Inspirándose en esta verdad, la jurisprudencia ha admitido que los actos discrecionales pueden ser anulados como ilegales cuando son producidos con un fin extraño al que la ley ha tenido en cuenta”².

En Venezuela, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que: “El vicio de desviación de poder es de estricta legalidad, y permite mediante el análisis de criterios jurídicos rigurosos, el cumplimiento del fin que señala la norma habilitante. No controla la moralidad del funcionario de la Administración, sino la legalidad que debe enmarcar toda actividad administrativa a los principios ordenadores del sistema de derecho”³. Asimismo, la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal ha reconocido que la desviación de poder vicia de nulidad relativa los actos administrativos⁴.

Expuestas estas breves consideraciones acerca del origen y de la naturaleza jurídica de la desviación de poder, en las siguientes líneas trataremos de poner de relieve los rasgos más importantes que presenta esta institución. A tal fin, estimamos pertinente realizar un análisis de algunas consideraciones que ha asumido nuestra jurisprudencia en relación a esta figura y, a partir de allí, deducir los caracteres esenciales que presenta la referida institución.

² Chinchilla Marín, C. *La desviación de poder*. Ob., cit. p. 100.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, Sentencia de fecha 15 de noviembre de 1982.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, Sentencia de fecha 30 de enero de 1990.



I. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

En nuestro país, la institución de la desviación de poder halla su fundamento en el propio Texto Constitucional. Al igual que la Constitución de 1961, la Constitución de 1999 consagra la figura de la desviación de poder como vicio de nulidad de los actos administrativos “generales o individuales”. En efecto, el artículo 259 de la Constitución vigente señala lo siguiente:

“La jurisdicción contenciosoadministrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contenciosoadministrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”. (Subrayado nuestro).

No obstante lo anterior, ésta no es la única disposición constitucional que sirve de base o fundamento a la desviación de poder. Observamos que el artículo 141 de la Constitución vigente establece que:

“La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de *honestidad*, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al *derecho*”. (Cursivas nuestras).

En mi opinión, el hecho que la nueva Constitución establezca como uno de los principios fundamentales de la actividad administrativa el de la “honestidad”, no sólo implica que el funcionario no puede incurrir en actos o hechos de corrupción, sino que también significa que la actuación de la Administración, incluso la más discrecional que es la reglamentaria, debe basarse en normas y principios objetivos, lo que en concreto supone la necesidad de una recta consideración del *interés general* en cada una de sus actuaciones, el cual no puede ser abandonado o apartado frente a los intereses particulares. En países como España, la jurisprudencia ha calificado la transgresión del principio de objetividad

como una evidente desviación de poder; en nuestro país, es importante para la categoría jurídica en estudio tomar en cuenta estos ejemplos, más cuando nuestra legislación ha introducido el principio de objetividad como uno de los postulados que han de orientar la actuación administrativa. En efecto, el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Central establece lo siguiente:

“Toda actividad de los órganos de la Administración Pública estará orientada por el principio de *objetividad, imparcialidad y transparencia*. En tal sentido, el funcionamiento de la Administración Pública se efectuará con apego a la racionalidad técnica y jurídica. La transparencia en la actuación de los órganos de la Administración Pública será una garantía de su *objetividad e imparcialidad* para los ciudadanos”. (Cursivas nuestras).

La disposición antes transcrita, así como el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, constituyen herramientas básicas para fundamentar el vicio de desviación de poder en cualquier recurso contencioso de nulidad de un acto administrativo. Como sabemos, el citado artículo 12 de la LOPA establece que: “Aún 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”. (Cursivas nuestras).

Volviendo al artículo 141 de la nueva Constitución, debe destacarse que en él se consagra la plenitud del sometimiento de la Administración al “Derecho”, y no sólo a la ley. De manera que puede señalarse que, ahora más que nunca, los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa deben controlar la “juridicidad” de la actuación administrativa, y esta “juridicidad” no es sólo conformidad con los requisitos formales y materiales, fijados claramente en las normas, sino también adecuación y sometimiento al fin que justifica cada acción administrativa y que está, explícita o implícitamente, señalado por el ordenamiento jurídico. En relación a esta regla constitucional conforme con la cual se somete a la Administración Pública al “derecho”, la cual ha sido también recogida por la Constitución española, el autor español Jesús Leguina Villa sostiene lo siguiente:

“En esta sencilla regla constitucional se enuncia uno de los postulados básicos de un Estado democrático de Derecho, a saber: que la determinación de los fines públicos y de las necesidades colectivas que han de ser satisfechas por los aparatos administrativos es una decisión que corresponde en cada caso al



legislador en cuanto depositario de la soberanía popular y representante de la voluntad del cuerpo electoral. La Administración, organización subordinada y vicarial, debe servir eficazmente los intereses generales, y para ello cuenta con el arsenal de potestades que el legislador pone en sus manos, pero no puede sustituir o modificar los objetivos o fines públicos que la ley le señala caso por caso. El interés público concreto, en razón del cual se justifica el ejercicio de cada potestad, resulta así indisponible para la Administración, de suerte que si ésta se aparta del fin cuyo cuidado se le encomienda, sustituyendo con su propia voluntad la opción teleológica realizada por el legislador, viene a colocarse en la posición constitucional de este último, subvirtiendo el equilibrio de poderes y degradando la supremacía de la ley. La Administración puede sin duda colaborar con el legislador en la tarea de precisar los fines a alcanzar, si a ello es llamada por aquél, pero carece de poder para ignorarlos. Por ello la desviación de poder o el apartamiento de los fines que en cada caso “justifican” la actividad de la Administración es un vicio de estricta legalidad, cuya gravedad trasciende siempre a los hechos o circunstancias (en ocasiones, de escasa consideración) que concurran en los supuestos concretos en que aquél se produzca. He aquí la razón que explica la singularidad del mandato que la Constitución dirige a los Tribunales; sin ella, el mandato resultaría innecesario y redundante”. (Subrayado nuestro)⁵.

Esta regla constitucional, contenida en el artículo 141 de la nueva Constitución, resulta capital para atacar la desviación de poder, que precisamente se basa - según la jurisprudencia- en una pretendida aplicación de una legalidad aparente para conseguir un fin distinto del pretendido por el ordenamiento jurídico. El sometimiento a “derecho” supone eliminar en la aplicación de la ley conductas contrarias a principios generales del derecho, tales como el principio de buena fe, objetividad, honestidad e imparcialidad, ya que en todos estos casos se producen actuaciones arbitrarias o contrarias a derecho y a los poderes conferidos por la ley.

En definitiva, podemos decir que la consagración de la desviación de poder en la norma de más alto rango, la configuración de una Administración cuya actividad ha de estar presidida por los principios de honestidad, objetividad,

⁵Chinchilla Marín, C. *La desviación de poder*. Ob., cit. p. 14.

imparcialidad, buena fe y transparencia, así como el sometimiento de la Administración al “derecho”, pueden y deben dar un mayor impulso a la categoría que hoy nos ocupa, lo que se puede traducir en una jurisprudencia más atenta a la hora de apreciar la desviación de poder en la actuación de la Administración Pública.

II. CONCEPTO

El concepto de desviación de poder no plantea, en principio, grandes problemas, pues la jurisprudencia patria se ha encargado de definir los rasgos esenciales de dicha institución. Así observamos que, en nuestro país, la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal ha señalado que la desviación de poder consiste en:

“...la utilización por el órgano administrativo de las potestades que le han sido atribuidas legalmente para fines distintos de los previstos por el ordenamiento jurídico, amparándose la Administración para actuar así, precisamente, en un mal uso o en un abuso del margen de libertad o discrecionalidad que permite la norma, sin que ello trascienda a la apariencia externa del acto, el cual aparentemente luce adecuado a derecho, correcto, pero que, en realidad se encuentra viciado en su componente valorativo o volitivo⁶”.

A partir de los elementos contenidos en la citada definición, intentaremos extraer algunos de los caracteres esenciales que presenta la referida institución. Y estos son los siguientes:

A. La desviación de poder presupone el ejercicio de potestades

En los términos de la sentencia arriba citada, la desviación de poder supone “la utilización por el órgano administrativo de las potestades que le han sido atribuidas...”. Esta afirmación podría llevar a concluir que, para la procedencia de la desviación de poder, es necesario que la Administración haya ejercido efectivamente alguna de sus potestades. Es decir, para afirmar que el poder se ha desviado del fin al que debe servir, parece necesario que el mismo se haya actuado previamente.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, Sentencia de fecha 24 de mayo de 1995.



Aquí se plantea el tema de determinar si puede o no producirse la desviación de poder en la inactividad administrativa, ésto es, si la Administración con su inactividad puede incurrir en este vicio, al dejar de ejercer una potestad precisamente para servir a un fin diverso al cual debería atender ejerciendo la potestad o, simplemente, para dejar de cumplir dicho fin. En este sentido, el autor español José Eugenio Soriano diferencia la desviación de poder por acción de la desviación de poder por omisión. La primera, figura clásica por excelencia, se produce cuando la Administración Pública ejerce sus potestades con fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. La segunda, se genera cuando, debiendo la Administración ejercitar sus potestades, se obtiene un resultado prohibido por el ordenamiento, precisamente gracias a la inactividad de la Administración⁷.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha reconocido en forma pacífica y reiterada que una de las notas caracterizadoras de la desviación de poder es que “la actividad administrativa tanto puede consistir en un hacer activo como en una deliberada pasividad, cuando concurre en el órgano administrativo competente una obligación específica de actuación positiva”. En sentencia de fecha 2 de abril de 1993, mediante la cual se resolvió un recurso contra la deliberada pasividad de un Alcalde al obstaculizar el acceso de un Concejal Suplente a una sesión de Cámara, el Tribunal Supremo español manifestó lo siguiente:

“A tenor de las precedentes consideraciones podemos ahora afirmar, con referencia específica a este proceso, que el imprevisto suceso acaecido quince días antes de la fecha señalada para deliberación y votación de la moción de censura (fallecimiento de uno de los concejales firmantes de la moción), requería que por parte de la Administración municipal, personificada en el Alcalde-Presidente y conforme el imperativo constitucional de servir con objetividad los intereses generales, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, se mostrase un comportamiento activo, finalísticamente dirigido a posibilitar el ejercicio del derecho de acceso al cargo y participación en las funciones inherentes al Concejal con derecho de sustitución, así como garantizar el regular funcionamiento del Pleno del Consistorio; y consecuentemente, agilizar los trámites dirigidos a dar estado legal a la vacante y de los presupuestos para su cobertura a la Junta Electoral Central, órgano competente para la expedición de la credencial; ... omissis

⁷ Soriano, J.E. (1984). Hacia el control de la desviación de poder por omisión. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Madrid, España: 112.

... Sin embargo, frente a esa conducta esperada -deducida de la normativa en vigor y de los principios que la inspiran-, adoptó, en todo momento, una actitud reticente y dilatoria; fingió desconocer la notoriedad -indiscutida por él mismo-, de la persona que estaba legalmente habilitada para la ocupación de la vacante, haciendo del trámite de obtención de la credencial argumento instrumentalizador de su designio obstruccionista, solamente removido en la víspera del Pleno por el requerimiento perentorio de la Junta Electoral Central ordenándole la inmediata remisión de la documentación necesaria para la expedición de la citada credencial. En definitiva, todo pone de manifiesto el sentido finalista de su actuación, marcada por el interés, puramente personal, de impedir el acceso al Pleno para ejercer sus derechos en la deliberación y votación de la moción de censura a la Concejala electa doña M. Luisa L. P., corroborada en última instancia negándole efectivamente el acceso al Pleno en el que iba a votarse la moción de censura, bajo pretexto de no figurar en el orden del día la prestación del acto de juramento o promesa previo,...”. (Subrayado nuestro).

Queda claro, pues, que la Administración, como consecuencia de su inacción, puede incurrir en el vicio de desviación de poder, ya que es perfectamente posible que intencionadamente deje de actuar una potestad para que no se alcance el fin de interés público tutelado por la norma que le ha atribuido dicha potestad. Es más, cada vez que la Administración permanece pasiva, tratándose de una actuación debida, está por definición incumpliendo el fin al cual debería servir. En efecto, podemos señalar que, aunque el supuesto clásico y más frecuente de desviación de poder sea el ejercicio efectivo de una potestad por parte de la Administración, es igualmente posible que la misma incurra en ese vicio con su inactividad. Ello siempre que se configure una obligación legal de actuar para la Administración, cuyo incumplimiento afecte de alguna manera un derecho o un interés legítimo del particular.

B. El ejercicio de potestades para fines distintos de los previstos por el ordenamiento jurídico

Conforme la citada definición jurisprudencial, la desviación de poder supone “la utilización por el órgano administrativo de las potestades que le han sido atribuidas legalmente *para fines distintos de los previstos por el ordenamiento jurídico*”. (Cursivas nuestras). Esto nos conduce a analizar el tema de la variedad de fines hacia los que puede desviarse la Administración.



En este sentido, antes que nada, debemos señalar que la característica principal de la Administración Pública está en ser una persona jurídica creada para servir a los intereses de la comunidad. Ya dijimos que el artículo 141 de la Constitución señala que la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas. Por tanto, a diferencia de lo que ocurre con los particulares, que eligen la finalidad y los móviles de sus actos, a la Administración los fines se los impone la ley. La ley le atribuye, por ejemplo, la potestad expropiatoria, la sancionadora, la reglamentaria o la de policía, para que la Administración Pública con su ejercicio satisfaga diversos fines que serán siempre una concreción de este interés general a que debe apuntar toda la actuación administrativa. Concretamente, las potestades administrativas deben ejercitarse en función del interés público, que no es el interés propio del aparato administrativo, sino el interés de la comunidad de la cual la Administración Pública es una organización servicial. El sometimiento al fin que justifica el ejercicio de cada una de las potestades administrativas es un elemento más de la legalidad de su actuación y su infracción constituye el vicio denominado desviación de poder, el cual determina la nulidad de la misma⁸.

En efecto, como bien señala García de Enterría, los poderes administrativos no son abstractos, en el sentido de que no son utilizables para cualquier finalidad; son poderes funcionales, otorgados por el ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mismo ciega la fuente de su legitimidad. Cuando la Administración Pública se aparta del fin que expresa o tácitamente le asigna la norma que le habilita para actuar se dice que ha incurrido en desviación de poder. Desviación de poder es, pues, el vicio que afecta a uno de los elementos del acto administrativo: que es el fin. Esta es, sin duda, la nota que la caracteriza y distingue de las demás infracciones del ordenamiento jurídico que comete la Administración Pública, y el factor común de todas las definiciones legales, jurisprudenciales y doctrinales de la misma⁹.

Lo característico de la desviación de poder es que la Administración Pública se aparte voluntariamente del fin establecido por la ley para servir otros fines distintos, cualesquiera que éstos sean. Así, en atención al fin que se persigue, la jurisprudencia francesa y la doctrina española han dividido la desviación de poder en dos grandes categorías de casos:

⁸ Chinchilla Marín, C. *La desviación de poder*. Ob., cit. p. 50.

⁹ García de Enterría, E., y Fernández, T. R. (1995). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, España: Editorial Civitas, pp. 429-430.

- 1) Cuando el acto administrativo es extraño a todo interés público. Esta es la hipótesis más grave de desviación de poder, y es particularmente puesta de manifiesto en las medidas concernientes a los funcionarios públicos, al mantenimiento del orden público, la expropiación por causa de utilidad pública, etc.

En relación al tema de los funcionarios públicos, la censura de la desviación de poder frecuentemente se encuentra en medidas de destitución o retiro de funcionarios por motivos de venganza personal o por razones políticas. La desviación de poder puede también estar ligada a medidas de favor en beneficio de intereses personales (jubilación, exoneración de impuesto). La utilización de los poderes de policía, no para asegurar el mantenimiento del orden público, sino para proteger intereses particulares está legalmente censurado. Sin lugar a dudas, el supuesto más evidente de desviación de poder es cuando el acto se inspira en móviles personales, aunque debe destacarse que éste no es el único supuesto de desviación de poder en que puede incurrir la Administración.

- 2) Cuando el acto administrativo es adoptado en función de un interés público, pero que no es aquél para el cual los poderes necesarios para adoptar el acto han sido conferidos a su autor. Esta hipótesis de desviación de poder es menos grave que la precedente, pues el fin perseguido revela un interés público; sin embargo, los poderes atribuidos a la Administración no le permiten perseguir cualquier interés público¹⁰.

C. La desviación de poder como un mal uso o abuso del margen de discrecionalidad que permite la norma

En relación a la afirmación jurisprudencial a que se contrae el epígrafe, hay que llamar la atención sobre dos aspectos: el primero, relacionado con la concepción de que la desviación de poder constituye un “mal uso o abuso” del margen de discrecionalidad que permite la norma, pues ello puede dar lugar a comparar e, incluso a identificar, la desviación de poder con otras categorías del derecho, tales como el abuso de derecho o el fraude a la ley; y, el segundo, relacionado propiamente con el tema de la discrecionalidad. Veamos.

1. La desviación de poder y otras categorías jurídicas

Entre la desviación de poder y las categorías jurídicas mencionadas existen ciertas semejanzas, pero también existen importantes diferencias, lo que unido

¹⁰ Ver arrêt Pariset, en *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. París, Francia: Editions Dalloz.



a la autonomía de la que hoy goza la desviación de poder en el Derecho Administrativo es suficiente para poner de manifiesto que es innecesario acudir a otras instituciones.

En palabras de Carmen Chinchilla, las diferencias con respecto al fraude de ley y al abuso de derecho son manifiestas. En efecto, según la autora, al margen de las diferencias existentes en el principio de legalidad que rige en las relaciones entre particulares y el que rige en las relaciones Administración-administrados, al margen de la concepción del fin en el ejercicio de potestades administrativas y el fin en el ejercicio de derechos subjetivos, e incluso entre el concepto mismo de potestad y derecho, la desviación de poder se distingue del fraude a la ley en que éste exige que se persiga un interés prohibido por el ordenamiento jurídico y en la desviación basta conque el fin perseguido, lícito o ilícito, sea distinto de aquél que señala la Ley. Además, mientras que en la desviación de poder se exige la intención, en el fraude a la ley no se exige. Respecto al abuso de derecho, se diferencia porque éste implica que el derecho se ejerce con una finalidad antisocial¹¹.

También existen términos dentro del propio Derecho Administrativo que pueden prestarse a confusión, y que de manera imprecisa pueden ser utilizados como términos análogos, tal como exceso de poder, abuso de poder, extralimitación de funciones, abuso de autoridad¹². En este sentido, debe señalarse que éstos difieren de la desviación de poder por cuanto en ésta se emplea una valoración específica que pueda denotar una apreciación del elemento teleológico de la actividad administrativa . Lo que define a la desviación de poder no es otra cosa que el elemento teleológico, y es eso lo que caracteriza y la distingue dentro del género común de infracciones del ordenamiento jurídico¹³.

¹¹ Chinchilla Marín, C. *La desviación de poder*. Ob., cit. p. 83.

¹² La jurisprudencia nacional ha recogido el vicio de exceso o abuso de poder, el cual consiste en el desmedido uso de las atribuciones que le han sido conferidas al órgano administrativo, lo cual equivaldría al excesivo celo, a la aplicación desmesurada, esto es, a todo aquello que rebasa los límites del correcto y buen ejercicio de los poderes conferidos por la norma atributiva de competencia y funciones (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de fecha 16 de diciembre de 1982). Existe abuso de poder cuando un funcionario actuando dentro de las competencias discrecionales que le atribuye la ley, utiliza tal atribución de manera indebida para destruir la verdad o la realidad de los hechos, o para inventar otros, de modo de obtener intencionalmente un resultado en contra o a favor de determinada persona (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de fecha 21 de marzo de 1984).

¹³ Martín-Retortillo, S. (1957). La desviación de poder en el Derecho español. *Revista de Administración Pública*. Nº 22. Madrid, España, pp. 148 y ss.

Valga aquí finalmente señalar la diferencia que ha establecido nuestra jurisprudencia entre la desviación de poder y la desviación de procedimiento, pues es sabido que el vicio de desviación de procedimiento es concebido en Francia como un derivado de la desviación de poder.

En efecto, afirma la doctrina francesa que la desviación de poder se presenta con cierta frecuencia bajo la forma llamada “desviación de procedimiento”. Y la desviación de procedimiento aparece cuando la administración busca emplear un procedimiento en vez de otro cuando las condiciones de empleo del primero no están reunidas pero este último presentará para la administración alguna ventaja, a fin de aprovecharla. En la desviación de procedimiento, la Administración Pública, disimulando el contenido real de un acto bajo una falsa apariencia, recorta un procedimiento reservado por la ley para otros fines que aquel que se persigue, a fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías al particular.

En nuestro país, la desviación de procedimiento deriva del vicio de nulidad absoluta contenido en el ordinal 4º del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, referente a la prescindencia total y absoluta de procedimiento. En efecto, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, “la emisión de un acto administrativo mediante un procedimiento distinto al legalmente previsto, afecta al acto de nulidad que la doctrina califica de absoluta por ser un vicio de procedimiento grave, en este caso se configura el vicio denominado desviación de procedimiento”¹⁴.

2. Desviación de poder y discrecionalidad

Como antes señalamos, la analizada decisión jurisprudencial califica la desviación de poder como un mal uso o abuso del margen de *discrecionalidad* que permita la norma a la actuación de la Administración.

Sobre este particular, cabe señalar que nadie duda que la desviación de poder surgió como una elaboración de la jurisprudencia francesa para poder fiscalizar esa manifestación de la potestad administrativa denominada discrecional, que venía escapando del control judicial. En Francia, antes de la aparición de la desviación de poder, el acto discrecional podía ser impugnado por incompetencia o vicio de forma, pero cuando no incurría en ninguna de estas dos taras se estimaba inimpugnabile. Según Duguit, la gran mayoría de los actos

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, Sentencia de fecha 28 de febrerode 1991.



administrativos presentaban tal carácter y se podía muy justamente decir que el poder discrecional de la Administración producía actos de libre apreciación. Fue el Consejo de Estado francés quien, con la doctrina de la desviación de poder, vino a superar la vieja noción del acto discrecional sustraído a la apreciación del juez en tanto la legalidad externa haya sido cumplida; considerándose que el poder de apreciación que tienen las autoridades administrativas para la realización de determinados actos se halla también sometido a control judicial. Se creó de esa manera un instrumento eficaz para controlar el sometimiento a sus naturales límites de la potestad discrecional¹⁵.

No obstante lo anterior, y aunque la desviación de poder es un vicio propio del ejercicio de las potestades discrecionales, la doctrina ha sostenido que también es posible que se produzca en el ejercicio de potestades regladas. Así, puede decirse, siguiendo al profesor García de Enterría, que la ley puede determinar agotadoramente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de modo que construya un supuesto legal complejo y una potestad aplicable al mismo también definida en todos sus términos y consecuencias (potestad reglada); o bien, por el contrario, definir la ley sólo algunas de las condiciones de ejercicio de dicha potestad, remitiendo a la estimación subjetiva de la Administración el resto de dichas condiciones¹⁶.

D. La desviación de poder implica la aparente legalidad del acto

En los términos de la sentencia comentada, el vicio de desviación de poder no trasciende a la apariencia externa del acto, pues la desviación de poder implica que el acto, ajustado aparentemente a la legalidad extrínseca, está viciado en su componente volitivo y está inspirado en consideraciones ajenas al servicio. En palabras de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, “El vicio de desviación de poder se tipifica cuando un acto aparentemente válido en cuanto a su forma y contenido, persigue sin embargo un objetivo torcido, desviado, distinto al que tuvo en miras el legislador cuando le otorgó facultad para actuar”¹⁷.

En este sentido, debe señalarse que si bien la desviación de poder es un vicio que reside en la motivación interna del acto, esto es, en los motivos que movieron

¹⁵ Chinchilla, C., La desviación de poder, ob. cit., p. 59.

¹⁶ García de Enterría, Ob., cit., pp. 429-430.

¹⁷ Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de fecha 27 de enero de 1983.

a la Administración a dictar el acto, esta “aparente legalidad” a que se refiere la decisión en comento no debe erigirse en un requisito de procedencia del vicio de desviación de poder. Y ello por la sencilla razón de que la desviación de poder puede perfectamente concurrir con otros vicios del acto administrativo. Indudablemente, debido al carácter intrínseco del vicio, es muy difícil de probar la existencia de la desviación de poder; no obstante, como señala el autor español Clavero Arévalo, “es muy fácil advertir su existencia y el adquirir el convencimiento moral de su existencia cuando el asunto se enjuicia por un juez idóneo y conocedor de las realidades administrativas”¹⁸.

Lo cierto es que no considero correcto afirmar que, para que exista desviación de poder, el acto debe de estar ajustado a derecho en todos los demás aspectos; ni sería positivo, de cara al desarrollo futuro de la institución de la desviación de poder, concebirlo como un vicio subsidiario, en donde el juez deba desechar previamente la existencia de otros vicios. En países como España, por citar algún ejemplo, se dice que la institución de la desviación de poder no ha logrado un mayor desarrollo por haberla considerado la jurisprudencia como una técnica de aplicación subsidiaria. Ello supone que la búsqueda de la desviación de poder ha de ser la última a realizar en la operación mental del juez o, lo que es igual, que la desviación de poder sólo es aplicable cuando faltan otros vicios en el acto administrativo. Ello presupone pues la existencia de un acto aparentemente perfecto, desde el punto de vista formal. Es decir, para la jurisprudencia española la desviación de poder supone un acto que ha sido dictado por órgano competente, que reviste la forma requerida y que cumple todos los requisitos legales, excepto el de la adecuación al fin que le asigna la norma.

Ahora bien, esta tesis ha sido muy criticada. Por ejemplo, para Clavero Arévalo, “no hay nada más lejos de la realidad que pensar que la desviación de poder presupone un acto regular y válido en todos sus demás elementos; un acto viciado de desviación de poder puede perfectamente haber sido adoptado por una autoridad incompetente, adolecer de defectos formales e incluso quebrantar el contenido material de la legalidad”. Para este autor, la desviación puede coexistir con otros vicios, sean éstos instrumentales o independientes de la misma. En la misma línea, García de Enterría señala que no es exacto afirmar que sólo es posible hablar de desviación de poder en presencia de actos en los que no concurre ningún otro vicio de legalidad. Por el contrario, es perfectamente posible, e incluso muy frecuente, que la desviación de poder coexista en un mismo acto con cualesquiera otras infracciones legales, ya sean éstas de carácter material

¹⁸ Clavero Arévalo, (1959). La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista de Administración Pública*. N° 30, Madrid, España.



o simplemente formal. La concurrencia de estas otras infracciones no impide en absoluto declarar la desviación de poder del fin previsto cuando esta desviación se produce. En este mismo sentido, afirma Chinchilla que la desviación de poder es una infracción del ordenamiento jurídico como otra cualquiera, y nada puede justificar que se le conceda un papel secundario. Es más, esa sería una práctica contraria a la Constitución, que ha consagrado una referencia explícita a este vicio que no se repite para con ningún otro. Si resulta difícil de probar, ése será un problema a resolver en el caso concreto, pero es insostenible una construcción jurisprudencial que concibiera de entrada a la desviación de poder como un vicio excepcional o subsidiario¹⁹⁻²⁰.

En definitiva, si bien la desviación de poder es un vicio de difícil probanza, estimo conveniente escuchar la crítica de la doctrina española, en el sentido de que en ningún caso puede concebirse a la desviación de poder como un vicio subsidiario; ni estimarse que la existencia de otros vicios en el acto excluye la existencia de la figura en análisis, incluso en los casos de incompetencia (manifiesta o relativa). Mucho menos ahora cuando en nuestro ordenamiento está previsto en forma expresa que uno de los supuestos en que puede verse comprometida la responsabilidad del funcionario es cuando incurra en desviación de poder. Valga, pues, la oportunidad para destacar el hecho que el artículo 139 de la Constitución de 1999 ha introducido en forma expresa la responsabilidad individual del funcionario público por “desviación de poder”. En efecto, dicha disposición establece que:

“El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley”. (Subrayado mío).

No obstante lo anterior, en cada supuesto en que un funcionario incurra en desviación de poder, habrá que establecer la existencia de los requisitos de procedencia de cada uno de estos tipos de responsabilidad; no pudiendo afirmarse que la existencia de desviación de poder apareja, *per se*, algún tipo de responsabilidad al funcionario que incurrió en dicho vicio.

¹⁹ Chinchilla Marín, C. *La desviación de poder*. Ob., cit. p. 120.

²⁰ Según sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, el vicio de desviación de poder “existe cuando se trata de un funcionario que sí tiene competencia para actuar, pero que intencionalmente usa su competencia para un fin distinto al permitido; por el contrario, un funcionario incompetente no puede incurrir en desviación de poder porque no tiene poder” (Sentencia del 26 de mayo de 1983).

III. LA PRUEBA DE LA DESVIACIÓN DE PODER

La dificultad y, en muchos casos, la imposibilidad de su demostración han hecho, pues, de la prueba el problema fundamental de la desviación de poder, hasta el punto de que para muchos autores las posibilidades de la desviación de poder dependen, precisamente, del tratamiento que los jueces den a su prueba. Afirma Chinchilla Marín que, salvo raras excepciones, las decisiones administrativas viciadas de desviación de poder no suelen revelar cuáles son los fines que realmente persiguen. Antes bien, los órganos de la Administración Pública que así actúan intentan disimular lo más hábilmente posible esa voluntad torcida o desviada en que consiste dicha infracción. Por eso, probar la desviación de poder es, generalmente, una tarea difícil, pues se trata de descubrir la intención real, normalmente disimulada, de la Administración; o, dicho de otro modo, de escudriñar en algo tan nebuloso como es la motivación interna del acto²¹.

Resalta, asimismo, Chinchilla el rigor con que se ha exigido en la jurisprudencia española la prueba de la desviación de poder. Los Tribunales, invocando la presunción de legalidad de los actos administrativos y la buena fe de la Administración Pública, exigían la prueba absoluta y plena de la desviación de poder, por parte de quien la alega. A ello se añade la dificultad de que la prueba de la desviación de poder resulta de una convicción y no de una constatación, ya que no se trata de probar un elemento concreto, sino un elemento intelectual, psicológico, una intención o, incluso, un sentimiento.

No obstante lo anterior, el desarrollo actual de la jurisprudencia española está orientada a favorecer las posibilidades que tiene el juez contencioso administrativo para declarar la existencia del vicio de desviación de poder. En este sentido, se afirma que la prueba de la desviación de poder no debe ser plena, pues, dada la naturaleza intrínseca del vicio, sería imposible llegar a probar su existencia de manera absoluta. La plena prueba se sustituye por “prueba suficiente” para lograr una razonable convicción de la existencia del vicio. La “prueba suficiente”, además, no se derivará de un acto de constatación, sino de convicción; y bastará con aportar datos y hechos o elementos de comprobación capaces de crear, mediante un juicio comparativo entre el interés público señalado por la norma y el fin perseguido por los actos impugnados, la razonable convicción del juez de que se ha producido la desviación de poder. Hay que destacar que la jurisprudencia concibe este criterio sobre la prueba de la desviación de poder

²¹ Chinchilla Marín, C. *La desviación de poder*. Ob., cit. pp. 122 y ss.



como algo derivado de la propia Constitución, concretamente del derecho a obtener una tutela judicial efectiva.

En nuestro país, el tema de la prueba de la desviación de poder marcha en el mismo sentido que en España. En efecto, la jurisprudencia viene exigiendo que el juez debe lograr “una razonable convicción de que se ha desvirtuado la finalidad perseguida por la norma”... “sobre la base de las pruebas y datos aportados, bien que emanen del propio expediente administrativo, bien que sean traídos a juicio por las partes, o sea a través del ejercicio de la potestad inquisitiva propia de la jurisdicción contencioso-administrativa”²².

Por último, cabe destacar lo relativo al tema de la carga de la prueba para demostrar la existencia de desviación de poder. En este sentido, debe señalarse que la regla general de derecho procesal es que quien alega debe probar. Por tanto, en el caso de la desviación de poder, la carga de la prueba ha de recaer sobre el demandante que la invoca. No obstante lo anterior, ante la dificultad que constituye para el particular la prueba de la desviación de poder, la doctrina se ha preguntado si corresponde al administrado proporcionar la prueba completa en estos casos.

Sobre este particular, la doctrina francesa ha distinguido entre la carga de la alegación y la carga de la prueba. La alegación se ha definido como la necesidad para toda parte que ejerce una acción de alegar todas las circunstancias de hecho que se refieren a los elementos generadores de su derecho, mientras que la carga de la prueba no es más que la prolongación de la carga de la alegación. Pues bien, el demandante que invoca la desviación de poder debe soportar la carga de la alegación, proporcionando hechos concluyentes que jugarán como presunciones o inicios de prueba que deben encontrar su prolongación y complemento en la instrucción que lleve a cabo el juez. Esta es la jurisprudencia importante sentada en el arrêt Barel de 28 de mayo de 1954. El juez va a exigir al demandante, sí, un inicio de prueba que consistirá en la alegación de hechos precisos que constituyan presunciones de la desviación de poder, pero a partir de ahí, y haciendo uso de sus poderes de instrucción, va a obligar a la Administración a que pruebe, invocando las razones de hecho y de derecho de su decisión, que su acto persiguió el fin legalmente establecido.

En efecto, el juez podría hacer uso de las amplias facultades inquisitivas y disponer, de oficio, la práctica de cuantas pruebas estime pertinentes para la

²² Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, Sentencia de fecha 24 de mayo de 1995.

más acertada indagación sobre la desviación de poder; lo que, en último término, podría llevar en algún caso a un cierto reparto de la carga de la prueba con la Administración. El juez, pues, cuando así lo impongan las circunstancias del caso, deberá exigir a la Administración que le proporcione cuantos documentos, datos e información en general sean precisos para llegar a averiguar si existió o no la desviación de poder. En Francia, la negativa de la administración ante estas exigencias del juez, o el hecho de proporcionarle información incompleta, se considera como una presunción de desviación de poder.

De acuerdo a esta doctrina, el juez contencioso administrativo no puede exigir al particular plena prueba de la desviación de poder; hay que aligerar el *onus probandi* que inicialmente incumbe al actor, aceptando de modo natural la prueba indiciaria y repartiendo más equitativamente la carga probatoria con la Administración a la que se reprocha el apartamiento del fin. Y hay que hacerlo pura y simplemente porque obligar al demandante que alega la desviación a aportar una prueba plena de la misma supone menoscabar su derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva sin sufrir indefensión²³.

IV. AMBITO DE APLICACION

Huelga señalar que el vicio de desviación de poder puede afectar todas y cada una de las manifestaciones de la actividad administrativa, la cual está sometida a la ley y al derecho, según lo establece el artículo 141 de la Constitución. En Francia, Auby y Drago han sostenido que se trata de un vicio que, por definición, puede afectar a todos los actos administrativos, tanto a los actos de carácter individual como a los mismos reglamentos. En España, la doctrina admite la posibilidad de que exista desviación de poder en el ejercicio de potestades regladas, así como en el ejercicio de potestades tan discrecionales como la potestad reglamentaria. En efecto, el profesor español García de Enterría, en relación a este punto, sostiene que: “no existe la menor razón que pueda beneficiar a un Reglamento respecto de un acto administrativo genuinamente tal en cuanto a las exigencias de un control judicial plenario. En otros términos: el que la voluntad administrativa se exprese en Reglamentos y no en actos no le agrega un plus de inmunidad”²⁴. Recordemos que, en Venezuela, por expresa disposición constitucional, la potestad reglamentaria del Presidente de la República (y de todos los demás órganos) debe ejercerse sin alterar el *espíritu*,

²³ Chinchilla Marín, C. *La desviación de poder*. Ob., cit. pp. 122 y ss.

²⁴ Chinchilla Marín, C. *La desviación de poder*. Ob., cit. p. 50.



el propósito y la razón de la ley, esto es, la finalidad de la ley (artículo 236, numeral 10).

Ahora bien, por otro lado, se plantea la posibilidad de admitir la existencia del vicio de desviación de poder en el ejercicio de las potestades legislativa y jurisdiccional. Veamos, pues, lo que señala la doctrina al respecto:

A) Desviación de poder y potestad legislativa

Para la autora española Carmen Chinchilla no es necesario ni correcto acudir a la desviación de poder en materia de control de la constitucionalidad de las leyes, por dos razones: primero, porque la desviación de poder es una técnica de control de la discrecionalidad y el legislador no tiene discrecionalidad, sino libertad de configuración política; y, segundo, porque la desviación de poder es un vicio que consiste en apartarse del fin establecido por el ordenamiento jurídico y la Ley no tiene fines impuestos por la Constitución, sino límites que la misma establece a su contenido. Para Giannini y Guarino no hay discrecionalidad legislativa, sino libertad y ejercicio del poder político que, por su naturaleza, es libre en el fin. Las leyes no tienen causa, ni motivos ni fin, sino contenido, y es al contenido al que se dirigen los límites constitucionales. La ley sólo puede tener un vicio que es la contradicción objetiva entre su contenido y los principios de la Constitución.

No obstante, para otros autores sí es posible que se configure el vicio de desviación de poder con respecto al ejercicio de la potestad legislativa. En efecto, para el autor Rodríguez Zapata, el vicio de la desviación de poder debe ser construido como vicio de la función legislativa y se daría en aquellos supuestos en que la Constitución especializa y limita una determinada ley. Existen supuestos en los que el juicio de constitucionalidad sobre una Ley puede llegar a convertirse en un control de la oportunidad de la misma, y, en último caso, de la opción política operada por el legislador. En estos casos se habla de control de la discrecionalidad legislativa o del sometimiento del ejercicio de esta potestad a los fines establecidos por la Constitución. Estaríamos pues ante la pretendida desviación de poder del legislador²⁵.

Por otra parte, tenemos que en la jurisprudencia extranjera se admite la posibilidad de denunciar la ilegalidad por desviación de poder de instrumentos con fuerza de ley, como lo son las ordenanzas municipales. En este sentido, citaremos

²⁵ Rodríguez - Zapata, J. *Desviación de poder y discrecionalidad del legislador*. Revista de Administración Pública 100-102, V II, pp. 1.527 y ss.

parte de la Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 28 de junio de 1995, en la cual se expresó lo siguiente:

“Desde la perspectiva de la desviación de poder, que acota los poderes de este Tribunal en un recurso como el presente, la parte apelante argumenta que no existe propósito alguno de prestar una vigilancia especial que justifique el establecimiento de la tasa, acudiéndose a este mecanismo como mero arbitrio para allegar recursos a las arcas del municipio. El hecho imponible en las tasas definidas en el artículo 199.b) del Real Decreto Legislativo 781/1986 consiste en la prestación de servicios o la realización de actividades de la competencia municipal que beneficien especialmente a personas determinadas o, aunque no las beneficien, les afecten de modo particular, siempre que, en este último caso la actividad municipal haya sido motivada por dichas personas directa o indirectamente, de forma que la denuncia de la parte recurrente implicará que la Corporación apelada ha infringido este precepto y la Ordenanza debería ser anulada por ello, que es algo que rechaza la sentencia apelada.

Pues bien, el examen del expediente administrativo revela que la denominación «vigilancia especial» es un simple título escogido para dar cobijo a una tasa eludiendo el concepto de servicio de vigilancia general cuya prestación no autoriza a los Ayuntamientos a su establecimiento, como taxativamente establece el artículo 213.c) del Texto refundido de 18 abril 1986. No hay establecimiento de servicio especial alguno pues, aun aceptando la necesidad de una especial vigilancia en cada uno de los locales en que existan máquinas de juego, que en el expediente se da por supuesta sin la más mínima justificación, la naturaleza del servicio, por la finalidad a que se dirige, prevención general de actos ilícitos, y funcionarios a quienes se encomienda, miembros del Cuerpo de Policía Local, encaja en el más genuino concepto de policía general, que no se altera por la intensidad o la frecuencia de su funcionamiento. En tales condiciones es fácil coincidir con la parte apelante en que, frustrados los intentos de establecer arbitrios con fines no fiscales sobre la actividad de explotación de máquinas recreativas, la aprobación de la Ordenanza fiscal que da lugar a este proceso no responde a otra finalidad que la de atender a las necesidades presupuestarias de la Corporación apelante con un tributo distinto”. (Subrayado nuestro).



En mi opinión, y aunque resulte de muy difícil prueba, sí es admisible la desviación de poder en el ejercicio de la potestad legislativa, en cualquiera de los niveles territoriales (nacional, estatal o municipal). Pensemos en un caso en el cual un Concejo Municipal, a fin de evitar la expropiación formal del inmueble de un particular, dicta una Ordenanza en la cual afecta dicho inmueble a un uso único y específico (por ejemplo educativo, asistencial, deportivo, etc.). O bien, para rebajar el precio de un inmueble cuya expropiación se persigue, se dicta una Ordenanza en la cual se asigna al inmueble una zonificación de usos muy limitados, con lo cual evidentemente pierde buena parte de su valor el inmueble. Por estas razones, estimo que sí podría declararse la nulidad de un acto con fuerza de ley por haber incurrido el órgano que lo dictó en el vicio de desviación de poder, sin perjuicio de que comparezcan en dicho acto algún otro vicio que lo afecte.

B) Desviación de poder y potestad jurisdiccional

Sobre este particular tampoco hay unanimidad en la doctrina. Por una parte, señala el autor español Clavero Arévalo que lo que ocurre es que la desviación de poder se ha predicado siempre de los actos administrativos por ser en relación con éstos donde ha surgido históricamente dicha doctrina, pero que doctrinal y prácticamente no existen dificultades para admitir la posibilidad de que los Tribunales dictasen sentencias aplicando intencionadamente el ordenamiento jurídico para fines distintos a los fijados por él.

Sin embargo, para Carmen Chinchilla Marín, el poder judicial tiene una función constitucionalmente definida que consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Así que la finalidad de la potestad jurisdiccional se agota, pues, en sí misma; a diferencia de lo que sucede con la administración, que tiene que atender a una pluralidad de fines -financiero, urbanísticos, de mantenimiento de orden público, ecológicos- que entran en contradicción con los intereses de los particulares y que actúa para gestionar la res pública, eligiendo la forma y los medios más adecuados para servirlos con eficacia, el juez aplica la ley al caso concreto, sin hacer las valoraciones propias de la función administrativa. Por lo dicho, entiende Chinchilla que es acertada la doctrina del Tribunal Supremo español, según la cual la sentencia podrá ser injusta e incurrir el tribunal en error o prevaricación, pero no parece correcto hablar de que se ha desviado de su fin un poder que por definición no atiende a ningún fin que no sea el de cumplir correctamente su función de actuación del derecho objetivo o del *ius dicere*²⁶.

²⁶ Chinchilla Marín, C. *La desviación de poder*. Ob., cit. p. 53.

En mi opinión, no debe descartarse la posibilidad de admitir el vicio de desviación de poder en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. A este respecto, debe señalarse que la potestad jurisdiccional no se agota con el dictado de sentencias y su ejecución, sino que ésta abarca una serie de facultades que tiene el juez dentro del proceso, las cuales pueden ser evidentemente ejercidas o no por el juez para favorecer a una de las partes en detrimento de la otra. En efecto, si bien la desviación de poder es un vicio que se produce típicamente en el ejercicio de potestades administrativas, su aplicación no necesariamente debe de ser circunscrita a este aspecto, pues todo poder puede ser ejercido en forma desviada de sus fines. En materia de potestades jurisdiccionales, el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil establece que: « Cuando la ley dice: ‘El Juez o Tribunal puede o podrá’ se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la *imparcialidad* ». (Cursivas nuestras).

V. CONCLUSIONES

De lo expuesto en este trabajo se pueden fijar las siguientes conclusiones:

1. La consagración de la desviación de poder en la Constitución, la configuración de una Administración cuya actividad ha de estar presidida por los principios de honestidad, objetividad, imparcialidad, buena fe y transparencia, así como el sometimiento de la Administración al “derecho”, pueden y deben dar un mayor impulso a la desviación de poder, lo que se puede traducir en una jurisprudencia más atenta a la hora de apreciar la desviación de poder en la actuación de la Administración Pública.
2. Aunque el supuesto clásico y más frecuente de desviación de poder sea el ejercicio efectivo de una potestad por parte de la Administración, es igualmente posible que la misma incurra en ese vicio con su inactividad. Ello siempre que se configure una obligación legal de actuar para la Administración, cuyo incumplimiento afecte de alguna manera un derecho o un interés legítimo del particular.
3. En atención al fin que se persigue, la jurisprudencia francesa y la doctrina española han dividido la desviación de poder en dos grandes categorías de casos:
 - a. Cuando el acto administrativo es extraño a todo interés público. Esta es la hipótesis más grave de desviación de poder, y es particularmente



puesta de manifiesto en las medidas concernientes a los funcionarios públicos, al mantenimiento del orden público, la expropiación por causa de utilidad pública.

- b.** Cuando el acto administrativo es adoptado en función de un interés público, pero que no es aquél para el cual los poderes necesarios para adoptar el acto han sido conferidos a su autor. Esta hipótesis de desviación de poder es menos grave que la precedente, pues el fin perseguido revela un interés público; sin embargo, los poderes atribuidos a la Administración no le permiten perseguir cualquier interés público.
- 4.** La desviación de poder se distingue del fraude a la ley en que éste exige que se persiga un interés prohibido por el ordenamiento jurídico y en la desviación basta con que el fin perseguido, lícito o ilícito, sea distinto de aquél que señala la Ley. Además, mientras que en la desviación de poder se exige la intención, en el fraude a la ley no se exige. Respecto al abuso de derecho, se diferencia porque éste implica que el derecho se ejerce con una finalidad antisocial.
- 5.** Otros términos de Derecho Administrativo, tales como exceso de poder, abuso de poder, extralimitación de funciones o abuso de autoridad difieren de la desviación de poder por cuanto en ésta se emplea una valoración específica que pueda denotar una apreciación del elemento teleológico de la actividad administrativa aparece. Lo que define a la desviación de poder no es otra cosa que el elemento teleológico, y es eso lo que caracteriza y la distingue dentro del género común de infracciones del ordenamiento jurídico.
- 6.** A diferencia de Francia, en nuestro país la desviación de procedimiento deriva del vicio de nulidad absoluta contenido en el ordinal 4º del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, conforme al cual son nulos los actos administrativos dictados con “prescindencia total y absoluta de procedimiento”.
- 7.** Aunque la desviación de poder es un vicio propio del ejercicio de las potestades discrecionales, la doctrina ha sostenido también es posible que se produzca en el ejercicio de potestades regladas.
- 8.** Si bien la desviación de poder es un vicio de difícil probanza, estimo conveniente escuchar la crítica de la doctrina española, en el sentido de que en ningún caso puede concebirse a la desviación de poder como un vicio subsidiario; ni estimarse que la existencia de otros vicios en el acto

excluye la existencia de la figura en análisis, incluso cuando se trata del vicio de incompetencia (absoluta o relativa).

9. El juez contencioso administrativo no puede exigir al particular plena prueba de la desviación de poder; hay que aligerar el onus probandi que inicialmente incumbe al actor, aceptando de modo natural la prueba indiciaria y repartiendo más equitativamente la carga probatoria con la Administración a la que se reprocha el apartamiento del fin. Y hay que hacerlo pura y simplemente porque obligar al demandante que alega la desviación a aportar una prueba plena de la misma supone menoscabar su derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva sin sufrir indefensión.
10. La desviación de poder puede afectar todas y cada una de las manifestaciones de la actividad administrativa, la cual está sometida a la ley y al derecho, según lo establece el artículo 141 de la Constitución.
11. En mi opinión, aunque resulte de muy difícil prueba, es admisible la desviación de poder en el ejercicio de la potestad legislativa, en cualquiera de los niveles territoriales (nacional, estatal o municipal). En efecto, estimo que sí podría declararse la nulidad de un acto con fuerza de ley por haber incurrido el órgano que lo dictó en el vicio de desviación de poder, sin perjuicio de que comparezcan en dicho acto algún otro vicio que lo afecte.
12. No debe descartarse la posibilidad de admitir el vicio de desviación de poder en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. A este respecto, debe señalarse que la potestad jurisdiccional no se agota con el dictado de sentencias y su ejecución, sino que ésta abarca una serie de facultades que tiene el juez dentro del proceso, las cuales pueden ser ejercidas o no por el juez para favorecer a una de las partes en detrimento de la otra. En efecto, si bien la desviación de poder es un vicio que se produce típicamente en el ejercicio de potestades administrativas, su aplicación no necesariamente debe de ser circunscrita a este aspecto, pues todo poder puede ser ejercido en forma desviada de sus fines.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Chapus, R. (1993). *Droit du contentieux administratif*. París, Francia: Editorial Montchrestien.

Chinchilla Marín, C. (1989). *La desviación de poder*. Madrid, España: Editorial Civitas.



- Clavero Arévalo, (1959). La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista de Administración Pública*. Madrid, España: 30.
- Constitución de la República de Venezuela (1999). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* No. 5453 (Extraordinario), Marzo 24 de 2000.
- Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, *Sentencia del 16 de diciembre de 1982*.
- Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, *Sentencia del 26 de mayo de 1983*.
- Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, *Sentencia del 21 de marzo de 1984*.
- Corte Suprema de Justicia de Venezuela, Sala Político-Administrativa. *Sentencia de fecha 15 de noviembre de 1982*.
- Corte Suprema de Justicia de Venezuela, Sala Político-Administrativa. *Sentencia de fecha 9 de noviembre de 1989*.
- Corte Suprema de Justicia de Venezuela, Sala Político-Administrativa. *Sentencia de fecha 30 de enero de 1990*.
- Corte Suprema de Justicia de Venezuela, Sala Político-Administrativa. *Sentencia de fecha 28 de febrero de 1991*.
- Corte Suprema de Justicia de Venezuela, Sala Político-Administrativa. *Sentencia de fecha 24 de mayo de 1995*.
- De Laubadere, Venezia y Gaudemet. (1992). *Traité de Droit Administrative*. París, Francia: Librairie general de droit et de jurisprudence.
- García de Enterría y Fernández, T. R. (1995). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, España: Editorial Civitas.
- Hernández Mendible, V. (1997). *Procedimiento Administrativo, Proceso Administrativo y Justicia Constitucional*. Caracas: Vadell Hermanos Editores.
- Lares Martínez, E. (1990). *Manual de Derecho Administrativo*. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

- Lemasurier, J. (1959). La preuve dans le détournement de pouvoir. *Revue de Droit Public*. París, Francia.
- Long, Weil, Braibant, Devolvé y Genevois. (1993). *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. París, Francia: Editions Dalloz.
- Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* No. 2.818 (Extraordinario), Julio 1º de 1981.
- Martín-Retortillo, S. (1957). La desviación de poder en el Derecho español. *Revista de Administración Pública*. Madrid, España: 22.
- Martín-Retortillo, S. (1957). El exceso de poder como vicio del acto administrativo. *Revista de Administración Pública*. Madrid, España: 23.
- Martínez Useros, E. (1989). *Nueva Enciclopedia Jurídica Española*. Barcelona, España: Editorial Seix-Barral.
- Morenilla Allard, P. (1997). *La prueba en el proceso contencioso administrativo*. Zaragoza, España: Editorial Edijus.
- Sánchez Isaac, (1973). La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español. IEAL, Madrid, España.
- Santamaría Pastor, J., (1974). Renovación dogmática en torno a la desviación de poder como instrumento de control. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Madrid, España: 2.
- Soriano, J.E. (1984). Hacia el control de la desviación de poder por omisión. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Madrid, España: 112.
- Tribunal Constitucional de España. *Sentencia de fecha 17 de febrero de 1984*.
- Tribunal Supremo de España. *Sentencia de fecha 2 de abril de 1993*.
- Tribunal Supremo de España. *Sentencia de fecha 28 de junio de 1995*.
- Trujillo Peña, (1961). La desviación de poder en relación con el recurso de apelación y el silencio administrativo. *Revista de Administración Pública*. Madrid, España: 35.

LA MOTIVACIÓN DEL ACTO
ADMINISTRATIVO

LA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Hildegard Rondón de Sansó

I. LA MOTIVACIÓN COMO ELEMENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La motivación del acto administrativo es indudablemente uno de los elementos que lo conforman; pero dependerá del derecho positivo su calificación como un factor sustantivo o como una base formal.

El haber iniciado el tratamiento de la materia sin definir previamente el concepto de la figura en estudio, obedece justamente al hecho de que de acuerdo a la posición que se asuma con respecto a la naturaleza de la motivación, variará el concepto que de la misma se tenga.

En efecto, si la motivación es un elemento sustantivo, la misma deberá ser definida como la justificación del acto, análogo al concepto de causa que rige en el campo del derecho civil. Si por el contrario, la motivación es un elemento formal, extrínseco, en tal caso deberá definirse como un requisito de la exteriorización del acto y dependerá del grado de exigencia del mismo, si tiene la naturaleza de una formalidad solemne o no solemne. En todo caso la motivación aun cuando sea un requisito de forma, sin embargo su función es la de exteriorizar el fin o motivo que determinara la emisión del acto.

En nuestro criterio, la diferencia conceptual entre motivación en sentido formal o motivación en sentido sustancial, puede ser superada si se acoge la tesis de una dualidad de figuras estrechamente enlazadas pero no identificadas o subsumidas en una sola noción. Al efecto, la motivación es la exteriorización del **motivo** o causa del acto administrativo, esto es, las razones manifestadas para que sean de conocimiento de todos sus destinatarios del fin que se busca a través del mismo. El motivo generalmente se identifica con tal fin, pero es posible que no se dé tal identidad, sobre todo en los casos en que el acto, sólo lo persigue en apariencia. La tesis aludida que hemos mantenido en trabajos anteriores, tales como la ponencia presentada al VII Congreso de Derecho Comparado del Instituto Internacional de Derecho Comparado, Caracas, distingue entre el **motivo del acto** y la **motivación**: El motivo es un elemento intrínseco, sustantivo, la razón del acto, al punto de que se identifica con dos de los elementos más divulgados del mismo: la causa y el fin. Diferente del motivo es la motivación, constituida por la expresión externa de los motivos (extrinsecación).

Si se atiende a esta duplicidad, el motivo será siempre un elemento esencial del acto en cuanto que la motivación puede ser esencial como puede ser accidental, de acuerdo con los requerimientos de la norma.

La ejemplificación de lo antes dicho se encuentra en que no es otra cosa sino el motivo del acto el objetivo que se persigue con su emanación, el cual está implícito en el acto-proveimiento o acto típico que, necesariamente está destinado al cumplimiento de un fin predeterminado por la norma que lo crea y prevé.

La motivación, cuando es exigida por una norma pasa a constituir las razones accesorias por las cuales se asumió la decisión, razones éstas circunstanciales, que van a aludir generalmente a la oportunidad o conveniencia. En tal sentido, la motivación es un medio a través del cual se controla la potestad discrecional de la Administración.

No podemos dejar de señalar que la doctrina se inclina por calificar la motivación como un elemento de forma y como tal, se le señala en casi todos los textos, tanto generales como monográficos que se versan sobre la materia. Insistimos en que debe reconocérsele un aspecto sustantivo a la motivación por cuanto es un instrumento para el control del motivo del acto. García de Enterría, uno de los pocos autores que no se atiende a la calificación formal, considera que la motivación es **interna corporis**, no externa, por cuanto hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo.

Cualquiera que sea la naturaleza que se le atribuya siempre a través de la motivación pueden obtenerse los siguientes objetivos: ante todo permite al administrado conocer las razones que privaron que fuera dictada la decisión, lo cual en el caso de que ella lesione su esfera jurídica de intereses es el elemento básico para elevar los recursos que sean pertinentes. Entendido de la forma que antecede la motivación es un medio para el ejercicio del derecho a la defensa. En este mismo orden de ideas la motivación limita la posibilidad de arbitrariedades por parte de la Administración y al mismo tiempo, facilita el control del acto por parte del juez contencioso administrativo.

II. CLASIFICACIÓN DE LA MOTIVACIÓN

La motivación como elemento extrínseco del acto puede ofrecer una diferente tipología que dependerá de la norma que la exija o que exima de ella al autor del acto. Así, de acuerdo con la oportunidad en que la motivación debe estar presente puede ser:



- 1) motivación a posteriori, como la denomina el derecho francés, que cobró su mayor importancia en la decisión del Consejo de Estado del 7 de marzo de 1973 Société Louradour, relativa a una solicitud de permiso de construcción.
- 2) motivación anticipada que se puede realizar mediante una comunicación dirigida al interesado exponiéndole los motivos de la futura decisión. Igualmente se ha considerado como anticipada la información dada a varios sujetos de los motivos de la decisión que deberá ser dictada y que se considera como integrante de ésta
- 3) motivación simultánea, cuando existe una coincidencia entre la decisión y el fundamento de la misma y;
- 4) motivación sucesiva cuando implica una consecuencia de los hechos y alegatos que se narran en el texto del acto y;
- 5) motivación sobrevenida, cuando se hace valer con posterioridad a la impugnación del acto, esto es en el curso del proceso de impugnación. de la cual hablaremos en forma detenida dada su importancia en el contencioso administrativo.

Igualmente se puede distinguir de acuerdo con su exigibilidad en la motivación explícita que es aquella que debe constar en el cuerpo del acto o implícita cuando puede deducirse del texto del acto, o bien de la propia naturaleza típica del proveimiento.

De acuerdo con la obligatoriedad la motivación puede ser obligatoria cuando es exigida en forma expresa por la norma o puede ser facultativa cuando es dejada al criterio del órgano actuante.

De acuerdo con la amplitud la motivación puede ser amplia y exhaustiva o bien sucinta y limitada. Pero incluso en este último caso debe ser **suficiente** para que puedan conocerse los motivos.

Por lo que atañe a la obligatoriedad de la motivación tanto los sistemas de derecho positivo como los autores que han tratado la materia se dividen entre los que consideran que la motivación explícita debe ser una exigencia de todo acto administrativo. Por el contrario, hay quienes opinan y esa es la tesis que hemos sostenido, que la motivación debe ser exigible para determinadas categorías de actos o determinadas situaciones previstas por el legislador. En el derecho venezolano opinar en un sentido o en otro resulta irrelevante a partir

de la vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (julio de 1981) ya que la misma exige expresamente la motivación como requisito de validez del acto administrativo. Igualmente se distingue a la motivación contenida en la norma o motivación legal y la motivación específica que es la que atiende a los supuestos concretos de los actos. En efecto, la motivación legal está prevista y es válida para el criterio mayoritario siempre que se trate de un supuesto unívoco, es decir que no pueda prestarse a duda o bien que contenga una previsión única. Si por el contrario la norma contiene diferentes hipótesis, su sola mención no basta para constituir una motivación valedera no supuestos múltiples.

Hay una distinción entre la motivación de los actos administrativos propiamente dichos y una motivación de los actos políticos una tesis que estima que los actos políticos. En general esta última es rechazada por estimar que cuando el acto regula intereses de estado, su motivación no sería de ninguna utilidad para el administrado, pero podría ocasionar grave daño a la administración. Es interesante al efecto la posición que asume la Ley de Procedimientos Administrativos española, la cual establece en su artículo 43, Párrafo Segundo, “la exclusión de la motivación” con respecto a los actos políticos, pero sin prohibirla.

III. LA MOTIVACIÓN SOBREVENIDA

Uno de los problemas que plantea la doctrina respecto a la motivación radica en la aportación en nuevos motivos en el Contencioso Administrativo (VER HUERGO LORA, “LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LA APORTACIÓN DE NUEVOS MOTIVOS EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”, EN REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 145, CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, MADRID, ENERO - ABRIL 1998, PÁGINA 98 A 115).

Sobre este punto el problema se concentra en el hecho de que si la motivación es vista como un problema de forma, el acto debería considerarse viciado aun cuando su contenido sea conforme a derecho. Es decir que, un acto materialmente correcto puede ser anulado por el Juez contencioso. Ante este hecho ¿puede la administración durante el proceso contencioso administrativo presentar nuevos motivos del acto, o simplemente motivos inexistentes en el acto originario?. El interrogante también surge con relación a la posibilidad de que el tribunal, haciendo uso de su potestad inquisitiva requiera tal motivación. El problema que se plantea está en cuál de las dos posibles alternativas se



estima más valedera cuando ambas son en cierta forma cuestionables. Así, es posible desestimar el recurso y dejar sin sanción un error en la motivación del acto, o bien anular un acto cuyo contenido es legal. En este caso se estaría otorgando al recurrente una victoria endeble por cuanto la administración debería volver a dictar el acto con el mismo contenido, subsanando la falta de motivación. Hoy en día la doctrina en general estima que la sentencia que anule un acto como consecuencia de la falta de motivación o de otro vicio de forma sin analizar su conformidad intrínseca con el derecho es una sentencia insatisfactoria.

El problema de la aportación de nuevos motivos en el curso del proceso ha sido ampliamente debatido en la jurisprudencia, pero sin que la misma le dé en todos los casos igual solución. Ante todo se parte del criterio de que la falta de motivación produce indefensión, por cuanto impugnar un acto sin conocer sus fundamentos significa una dificultad adicional al ejercicio de un recurso por cuanto exige una argumentación contra motivos hipotéticos. Esta regla se aplica tanto a los actos discrecionales como a los actos reglados. En el acaso de los actos discrecionales la falta de motivación imposibilita el control del contenido del acto. Al respecto la jurisprudencia nunca ha sido clara y tajante. Cuando se trata de una motivación sobrevenida el argumento utilizado para conocer de los nuevos fundamentos que se aducen radica en el principio de economía procesal. Se estima que si el juez se niega a examinar los nuevos argumentos y anula el acto por insuficiencia de la motivación originaria, lo que está es exhortando a la administración para que dicte un nuevo acto apoyado en los motivos no examinados por el juez. Lo anterior obligaría al particular que quiera obtener la nulidad del acto, a iniciar un nuevo proceso. A diferencia de lo mencionado anteriormente si el juez anula el acto tras examinar todos los motivos, ello impide que vuelva a ser dictado por haberse producido el efecto de la cosa juzgada.

En favor del conocimiento que ha de hacer el juez sobre el motivo sobrevenido, algunos fallos se han fundado en la delimitación del objeto del proceso contencioso administrativo, por cuanto si la pretensión formulada es la anulación del acto administrativo, cualquier argumento que justifique la producción del acto debe ser objeto de examen.

La solución que a través de la equidad se busca para el problema de aceptar la motivación sobrevenida y en consecuencia rechazar la eficacia invalidante de los vicios de forma ha sido la de condenar en costas a la administración a pesar de que se desestime el recurso contencioso administrativo. En efecto, la administración erró al omitir la motivación; pero la verdad sustancial es aportada por ella en el curso del proceso, por lo cual el juez no debería anular el acto porque estaría dándole valor invalidante al vicio de forma. La solución que

encuentra la doctrina española para permitir que a pesar de que el recurso sea declarado sin lugar no se perjudique en forma definitiva al recurrente, es la de condenar en costas a la administración aun habiendo sido la vencedora en el recurso (Beladies Rojo, “Validez y eficacia de los actos administrativos”. Marcial Pons. Madrid 1994).

En sentencia del 28 de octubre de 1987 la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo se pronunció sobre la motivación sobrevenida o posterior a la emanación del acto, al efecto señaló lo siguiente en un juicio de carrera administrativa en el cual en la contestación de la querrela y posteriormente en la formalización de la apelación la Administración señaló que el acto de remoción de la querellante realmente se fundamentó en el hecho de que la misma no había comenzado por concurso ni era miembro del personal ordinario por lo cual no podía ocupar el cargo de la cual fuera removida. La Corte Primera calificó tales alegatos de motivación sobrevenida señalando que la misma no podía servir de base para que la Administración reparase las omisiones esenciales de sus actos que han causado daño y desconocido situaciones preexistentes. Recordó que de acuerdo con criterios anteriores, permitir que la Administración mediante nuevos actos modifique las motivaciones de los anteriores sería reconocerle la prerrogativa de eliminar los mecanismos de control de su propia actuación. Sería reconocer que la administración posee un recurso para evitar el control de la legalidad de sus propias decisiones.

IV. ETAPAS EN LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE MOTIVACIÓN

1. La motivación debe ser expresa y estar incluida en el acto que debe enunciar las razones de hecho y de derecho que haya tenido el autor para dictarlo (sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia 1979).
2. Basta para cumplir formalmente con el requisito de la motivación que la misma aparezca del expediente administrativo del acto o de sus antecedentes, siempre que el destinatario, de una u otra forma, haya tenido acceso a esos documentos. Igualmente es suficiente la mera referencia del acto a la norma jurídica de cuya aplicación se trate si su supuesto es unívoco y simple (sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia 27 de noviembre de 1980).



3. La Sala Político-Administrativa en sentencia del 2 de abril de 1984, ha sido mucho más rígida en señalar que los hechos involucrados en el acto y los fundamentos legales de este deben ser analizados por el órgano administrativo “de acuerdo con lo que resulte de la integridad del expediente” sin que le sea dado al autor aportar soluciones subjetivas por justas que parezcan.
4. En sentencia del 3 de diciembre del 1984, la Sala reconoce que la motivación puede ser concomitante o previa a la emisión del acto, siempre y cuando el administrado haya tenido la posibilidad de conocer los motivos, en esa misma sentencia se señala que la motivación **no puede ser posterior a la emisión del acto.**
5. En sentencia del 22 de octubre de 1992, la Sala Político-Administrativa asume una posición más de avanzada al señalar que en el acto administrativo los motivos están siempre y necesariamente incorporados a su causa, de modo tal que el acto administrativo se encuentra fundamentado cuando en su justificación remite a la disposición legal en la cual se encuentra el supuesto que configura los elementos fácticos del acto respectivo. Reiteró allí la Sala que basta con que la motivación aparezca en el expediente administrativo relativo al acto, de sus antecedentes, siempre y cuando el destinatario haya tenido acceso a tales elementos, así como también es suficiente la sola referencia del acto a la norma jurídica aplicación se trate.
6. En sentencia de fecha 13 de julio 1993, la Sala señaló que la motivación del acto no tiene por qué contener los razonamientos en los cuales fundamentó su decisión. Indicó al efecto la Sala que en el caso de los actos disciplinarios, basta para considerarlo motivado el que haya sido expedido en base a hechos concretos, que estos consten de manera específica en el expediente y que los mismos hayan sido conocidos por el administrado.
7. En sentencia del 22 de julio de 1993, la Sala también tuvo un criterio muy amplio señalando que su falta como vicio de forma sólo produce la nulidad del acto cuando el interesado no ha tenido posibilidad evidente de conocer las razones de hecho y de derecho en que se fundamenta el acto que lo afecta. De manera tal que si existe plena evidencia de que el interesado conocía las razones y tuvo la oportunidad de atacar el acto el mismo no puede anularse por inmotivación. En esta misma línea se ubica la sentencia de la Sala Político-Administrativa del 30 de marzo de 1995 en la cual la Sala señala que el elemento formal de la motivación tiene una naturaleza meramente instrumental “por ello es que, dejando los rigorismos formales a un lado, se ha concluido que la inmotivación sólo determina la nulidad del

acto administrativo si no resulta en forma alguna posible conocer los motivos de la decisión. En consecuencia no será declarada la nulidad del acto si del contenido del expediente administrativo *sic* y además si no resulta vulnerado el derecho a la defensa del interesado, en el sentido de haber podido si así lo hubiese querido leer o copiar el expediente administrativo tal y como lo prescribe el artículo 59 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”.

8. En sentencia 3 de mayo de 1990 dice la Sala Político-Administrativa que la jurisprudencia en si ha venido desarrollando las condiciones de procedencia de los actos administrativos viciados de inmotivación las cuales ha de ser declarada solo cuando dicho vicio disminuya de alguna manera las posibilidades de defensa de los interesados. En tal sentido se ha establecido que la motivación puede ser anterior al acto y hasta concomitante siempre y cuando conste que el interesado tuvo acceso al expediente donde la motivación se encuentra expresada. Por otra parte se ha considerado suficiente la motivación que solo expresa la base legal de la actuación legislativa cuando la norma en que se basa tiene un supuesto unívoco y la motivación fáctica se encuentra en el expediente siempre que el interesado haya tenido acceso a él. El no cumplimiento de los requisitos formales, no acarrea en sí mismo la nulidad del acto sino sólo cuando el incumplimiento le ha causado indefensión al recurrente.

V. LA NECESIDAD DE LA MOTIVACIÓN

En el derecho venezolano la necesidad de la motivación no es objeto de duda alguna a raíz de la vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (julio de 1981), por cuanto el artículo 9 exige en forma expresa que los actos administrativos de carácter particular deberán ser motivados. La única excepción a la regla es que se trate de actos de simple trámite o de que una disposición expresa de ley así lo establezca. A esa norma se acompañan otras que reafirman la necesidad de la motivación como es el artículo 18 ordinal 5° que al señalar los requisitos del acto administrativo señala como tal “*la expresión sucinta de los hechos, de las razones que hubieren sido alegadas y de los fundamentos legales pertinentes*”. Además, la propia Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos exige en forma expresa la motivación en algunos casos como es la situación del artículo 34 que exonera del orden de entrada a determinados expedientes cuando medien razones de orden público y la decisión sea debidamente motivada; o bien la disposición del artículo 59 que exige que la calificación que se dé de un asunto como confidencial se realice mediante acto



motivado. Igualmente el artículo 86, al facultar a la Administración para inadmitir el recurso administrativo que no llene los requisitos exigidos, indica que la decisión debe ser motivada. Finalmente, el artículo 104 *ejusdem* exige que las sanciones se dicten mediante resolución motivada.

De allí que no sólo en forma general se exige la motivación, salvo los dos casos precedentemente señalados sino que además, para determinadas categorías de acto se insiste en la presencia de la motivación. Si se recuerdan los últimos casos mencionados se aprecia que ellos conforman los siguientes aspectos:

- 1) las excepciones a las reglas generales dictadas como garantía de los derechos de los administrados (modificación del orden de entrada de los expedientes);
- 2) calificaciones a las actuaciones que limitan el acceso al expediente (Carácter de confidencialidad);
- 3) denegación de recursos como es el caso de la inadmisibilidad del recurso por falta de los requisitos de legitimación y de forma que se establecen;
- 4) los actos sancionatorios aplicados en ejecución de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En Venezuela no existe en los momentos actuales duda alguna sobre la motivación ni tampoco sobre el contenido de la misma si se combinan los textos de los artículos 9 y 18 ordinal 5° *ejusdem*. La motivación está constituida por los siguientes elementos:

- 1) expresión sucinta de los hechos,
- 2) señalamiento de las razones alegadas por las partes en el curso del procedimiento administrativo,
- 3) fundamentos legales pertinentes que sustenten al acto dictado. Con anterioridad a la vigencia a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos ya había una corriente que identificaba al acto administrativo con la sentencia jurisdiccional y en consecuencia, pretendía del mismo fuese debidamente motivado (artículo 243 del vigente Código de Procedimiento Civil ordinal 4° “*Los motivos de hecho y de derecho de la decisión*”) y ordinal 5° del mismo artículo que al exigir que la decisión sea expresa positiva y precisa estable ce que la misma sea dictada “*con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas*”, con lo cual está

aludiendo a una motivación fáctico jurídica de la decisión. La motivación de los fallos significó lo que se ha denominado “la legalización de la justicia” impuesta por la revolución francesa. Es por lo anterior que sobre estos principios la exigencia de la motivación en el acto administrativo estuvo siempre presente. Ahora bien, es interesante acotar que en el derecho venezolano a raíz de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos el esfuerzo de la jurisprudencia ha sido por minimizar la obligación general de la motivación por una serie de razones que arrancan todas de una constatación general y es la de que el artículo 9 y su complemento el artículo 18 ordinal 5° de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establecen una exigencia excesiva con respecto a la motivación, que crea los siguientes desajustes:

- 1) no distingue entre los actos generales y los actos particulares por cuanto si bien la motivación en el artículo 9 alude a los actos particulares, la exigencia del ordinal 5° del artículo 18 se aplica a todos los actos sometiendo la potestad reglamentaria a un requisito que es ajeno a su naturaleza
- 2) la dinámica de las actuaciones administrativas exige una regla en sentido contrario a la del artículo 9, esto es, la de la motivación como excepción, o mejor aún como circunstancia particular especial. La doctrina del Derecho Administrativo en general cuando trata el tema lo que hace es enunciar los casos en que la motivación se exige dada la naturaleza especial del acto,
- 3) al dejar al legislador la posibilidad de señalar que determinados actos no requieren de motivación lo inducen a establecer excepciones que pueden chocar contra la conciencia jurídica, o ser tergiversadas por la comunidad a la cual se destinan. Por ejemplo, la derogada Ley de Bancos y otros institutos de crédito, establecía la inmotivación de las decisiones denegatorias de las solicitudes de conformación de nuevas entidades. Las personas desconocedoras del medio consideraban que tal norma constituía una arbitrariedad por parte del legislador, a través de la cual el mismo facultaba a los organismos administrativos a violar sin explicación alguna las aspiraciones de los promotores a la constitución de entidades bancarias; pero la verdadera razón de la inmotivación era por el contrario, una vía de tutela de los afectados por cuanto todas las causales impeditivas de la actuación en la conformación de una nueva entidad bancaria eran en realidad denigratorias tales como la falta de solvencia, el haber estado involucrado en quiebra fraudulenta y otras situaciones análogas. Omitir la motivación era hacer menos gravosa la situación de los promotores cuya solicitud fuese denegada.



- 4) La figura del acto de trámite no es clara en la jurisprudencia y en la doctrina. Se denominan en general actos de tramite, los actos que anteceden a la decisión final con la cual se concluye el procedimiento administrativo. Se ha dicho que la noción acto de tramite es poco correcta por cuanto la misma pareciera aludir a un acto meramente procedimental, cuando por el contrario no solo incluye a los que conforman el iter previo a la decisión que son de la más varia índole, como las consultas, las autorizaciones, etc., preparatorios de la resolución final, sino que también implican decisiones sustantivas como lo son la admisión de las pruebas o su denegación; la calificación de un sujeto como parte en un juicio. Para algunos los actos de tramite son actos internos lo cual es ajeno a la verdad por cuanto las pruebas tienen tal carácter y no son actos de tramite. Pareciera más correcto hablar no de actos de tramite sino de actos preparatorios o instrumentales de las decisiones. En todo caso, se trata de una figura controvertida con linderos imprecisos por lo cual utilizarla como excepción no es la mejor de las vías para eliminar motivaciones innecesarias.

Las consideraciones que anteceden revelan el por qué los esfuerzos de la jurisprudencia a partir de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos han sido destinados más a limitar la exigencia de la motivación que a propiciar su cumplimiento. Así, la jurisprudencia sobre todo la de la Sala Político Administrativa admite la motivación no literal en el acto administrativo bastando con la constancia de los hechos y alegatos en el expediente administrativo (motivación colateral). Igualmente la jurisprudencia ha encontrado suficiente motivación en la sola mención de la norma en la cual se funde el acto cuando la misma alude a un caso específico. Es decir, cuando se encuentran varios supuestos concretos que merecen la misma sanción, si el acto hizo el señalamiento de la disposición alusiva al supuesto, ello se considera suficiente motivación. Problema de mayor complejidad tiene la motivación de los actos generales; en efecto, para cumplir con el requisito de la forma deberían adquirirlo de decretos con el inconveniente de que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos califica como tales sólo (artículo 15) a los dictados por el Presidente de la República exigiendo en tales casos el referendo del Ministro a quien corresponda por la materia. Ahora bien, una serie de actos generales cuya forma no está prevista expresamente en la ley, son dictados por órganos subalternos lo cual obliga a que añadan necesariamente una parte de indictivo de los hechos que dan a lugar a su emanación.

Considerando, otro problema es el relativo a los decretos de excepción, es decir, a los que son dictados para atender a los llamados estados de excepción. Generalmente la motivación está en la necesidad misma de asumir determinadas providencias que implican en una u otra forma una política de estado (motivos

de estado) que deberían ser expuestos de acuerdo con la exigencia formalista de la ley, lo cual revelaría más de lo que la conveniencia pública exige. El problema pareciera soslayarse en base a la consideración de que se trata de actos “políticos” y no de actos administrativos propiamente dichos; pero como bien sabemos la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no distingue entre los actos en base a un fundamento sustantivo (contenido del acto) sino que lo hace por razones formales (forma del acto u órgano del cual deriva).

En todo caso justificamos la tendencia de la jurisprudencia a minimizar la exigencia formal de la motivación, porque ella revela no el interés de regresar a etapas primigenias en las cuales la falta de motivación era reveladora del autoritarismo del órgano, sino su deseo de no renunciar al examen de fondo ante la evidencia de que el simple control formal puede llevar a la nulidad de un acto que podría tener un valor decisorio justo. Aquí está presente la función esencial del juez contencioso administrativo que cuida también los intereses de la administración, tratando de impedir que decisiones excesivamente formalistas entorpezcan programas efectivos para la colectividad o en todo caso, constituyan manifestaciones de situaciones injustas. La Constitución actual al establecer la norma del artículo 257 en su párrafo final facilita esta labor de reafirmación de la justicia por encima de los vicios de forma; pero con anterioridad a la misma, era difícil encontrar una vía para afirmar el derecho por encima de los vicios u omisiones de las formalidades y de los defectos que ello debía predecir. Al efecto el artículo 257 señala: **no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales**. No podemos menos que recordar nuestra experiencia como jueces contencioso administrativos, específicamente en materia de carrera administrativa cuando tuvimos que aplicar una legislación protectora de los justiciables que no tomaba en cuenta los altos intereses de la Administración. Fueron múltiples los casos en los cuales la evidencia de la comisión efectiva de faltas por parte de los recurrentes, o bien su total inidoneidad para el ejercicio del cargo debía ser ignorada frente al hecho concreto de que la Administración no acostumbrada al control jurisdiccional obviaba los requisitos de forma (motivación, notificación) de conformidad con el complejo procedimiento establecido para que la misma se consuma, llevando al juez a una declaratoria de procedencia de recurso que producía un efecto negativo en el ejercicio de la función pública. Quizá llevado por estas experiencias es que se fue admitiendo la tesis de la validez de la llamada motivación sobrevenida a la cual dedicaremos un estudio particular.

Las anteriores consideraciones nos llevan a propiciar una reforma de la exigencia de la motivación para cambiar en 180° los términos en que la misma se plantea en el sentido de que su exigencia debe operar para casos expresos invirtiéndose



así el principio en el sentido de que la motivación puede limitarse a la motivación legal (señalamiento de la norma en la cual se fundamente) para los casos que sean ajenos a los supuestos en los cuales la motivación sí resulta esencial para el cumplimiento de sus fines, esto es, para permitir el derecho de defensa del administrado y limitar el autoritarismo de los poderes públicos en el desempeño de la función administrativa. Estos casos cuya enunciación cambiarían la regulación de la motivación son los que a continuación se mencionan. Antes debe observarse que legislaciones como la española (Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común del 26 de noviembre de 1992) han acogido tal sistema, exigiendo la motivación en la forma de una sucinta referencia de hechos y fundamentos del derecho, sólo en las hipótesis que la ley contempla (artículo 54 de la citada ley).

El análisis de los diferentes sistemas que asumen la exigencia de la motivación solo para casos específicos, nos lleva a considerar más oportuno el establecido en Francia en la Ley del 11 de julio 1979 en las cuales se distinguen dos grandes grupos: un primer grupo que contiene las decisiones individuales desfavorables a las personas y un segundo grupo que comprende las decisiones administrativas individuales que derogan las reglas generales fijadas por la ley o el reglamento.

En el primer grupo se enuncian las siguientes:

- 1) las que restringen el ejercicio de las libertades públicas o que en forma general constituyen una medida de policía; las que establecen sanciones; las que subordinan el otorgamiento de una autorización a condiciones restrictivas o imponen sujeciones; las que revocan o anulan una decisión creadora de derechos; las que declaran la prescripción, la perención o el decaimiento; las que rechazan una ventaja que constituye un derecho para las personas reemplazando así las condiciones legales para obtenerlas.

La segunda categoría se trata de algunas normas que hacen legalmente posible reglamentaciones tales como las de urbanismo o las relativas al reposo semanal o al trabajo de noche.

Por el contrario no debe ser motivadas ni los decretos que autorizan un cambio de nombre que concierne directamente a sus beneficiarios; ni las autorizaciones para poner en el mercado fármacos que sólo conciernen directamente a las sociedades beneficiarias de tales autorizaciones; las decisiones que acuerdan una remisión fiscal; las deliberaciones de los jurados de examen o concurso que de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo dictado no se ubican en ninguna de las categorías relativas a las decisiones desfavorables.

Insiste el derecho francés en el carácter **individual** que deben tener las decisiones que han de ser motivadas. Se citan al efecto las habilitaciones que se hacen a una universidad para otorgar diplomas; las declaraciones utilidad pública y de establecimiento de servidumbres sobre una propiedad. Por lo que atañe a la restricción al ejercicio de una libertad pública la jurisprudencia francesa ofrece una infinidad de situaciones tales como la respuesta negativa a admitir en la educación primaria a un niño menor de seis años; la respuesta afirmativa ante una decisión que prohíbe el pago de dividendos de los accionistas de un sociedad; la respuesta que concierne a las disoluciones de asociaciones; la respuesta de rechazo a la autorización de ampliación de supermercado. Por lo que atañe a la determinación de que es lo que constituye una medida de policía se multiplica los casos de la jurisprudencia citándose como tales a las decisiones de los alcaldes relativas a la explotación de los taxi; la respuesta negativa para el rechazo de otorgamiento de visa de entrada a los extranjeros, con respecto al sentido de la noción de ventajas en la cual la atribución constituye un derecho, se citan como casos el rechazo de dispensa de prestación del servicio militar; la respuesta negativa por el rechazo de designar a una persona como profesor de enseñanza superior. Por lo que atañe a las decisiones que derogan una reglamentación se cita las que derogan la reglamentación de la apertura de farmacias.

Igualmente en el derecho francés se menciona como eximente de la obligación de motivar la llamada “urgencia absoluta”. Igualmente la obligación de motivar está limitada por el respeto al secreto medico así como a otros secretos tales como las deliberaciones del gobierno, de la defensa nacional y de la política exterior, de la seguridad del estado y de la seguridad pública.

LA OBLIGACION DE MOTIVAR Y LAS DECISIONES IMPLICITAS.

Las decisiones implícitas obviamente no son motivadas, el problema que se plantea está en los casos en los cuales la decisión implícita sustituye a una decisión explícita que debía ser motivada. Al respecto se han dado dos respuestas posibles:

- 1) las decisiones implícitas por su naturaleza no pueden ser motivadas, si lo fueran se estaría afectando la posibilidad de la Administración de dictar decisiones implícitas,
- 2) una segunda posición considera que ante el conflicto entre decisiones implícitas y motivación, debe inclinarse la balanza a favor de la motivación .



El Consejo de Estado ha estimado que si la decisión explícita debía ser motivada, la decisión implícita que carezca de motivación se encuentra viciada; sin embargo, ha habido casos en los cuales el Consejo de Estado ha considerado legal la decisión implícita no motivada estimando que por su naturaleza misma ella no es susceptible de motivación. Ante esta posición contradictoria de la jurisprudencia que, además se fundamenta en la misma razón, esto es en la naturaleza de las decisiones implícitas, se ha llegado a la conclusión de que no existe una regla general aplicable, habrá que decidir cada situación, caso por caso.

Los casos que hemos estimado deben mencionarse en forma expresa son los siguientes:

1. Cuando el organismo administrativo que decide ha tenido que hacerlo entre varios motivos alternativos; su escogencia en consecuencia debe expresar las razones en las cuales se funda.
2. Cuando se trata de actos que deciden procedimientos de segundo grado (anulación, revocación, etc.). Indudablemente que bien si el acto es confirmado o bien si es extinguido o modificado, el órgano que conoce del procedimiento debe justificar las razones por las cuales se aparta del inferior. En realidad la categoría dentro de los procedimientos de segundo grado que exigen motivación se encuentra en forma predominante la de los actos decisorios de los recursos. La razón formal de ésta exigencia podría encontrarse en la explicación analógica del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil en materia de requisitos del fallo. La razón de tal exigencia está en la naturaleza cuasi jurisdiccional que ostentan los recursos en los cuales se dirimen controversias. en general en la decisión de los recursos hay una exigencia de motivación no haya estado presente en el acto decisorio del procedimiento de primer grado.
3. Los actos que suprimen una situación ya creada, que se trata de actos a través de los cuales la Administración ejerce sus potestades extintivas como lo son la anulación y la revocación. El ejemplo más reiterado de este tipo de actos está en los que ponen fin a los contratos celebrados por la Administración. En esta misma categoría están los actos que conforman la potestad sancionatoria y la potestad disciplinaria de la Administración. Con relación a las decisiones que ponen fin a los contratos, las decisiones más corrientes en la jurisprudencia han sido las que versan en los llamados rescates de los terrenos ejidos, como es bien sabido los ejidos municipales tienen un régimen especial, dada la naturaleza de propiedad imprescriptible e inalienable

salvo las prescripciones expresas previstas en la Constitución y desarrolladas en la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

4. Los actos que limitan derechos subjetivos. Además de los actos que extinguen situaciones ya creadas, también forman parte de la categoría de las decisiones que han de ser motivadas las que limitan los derechos de los administrados, entendiendo sin embargo el término “derecho” no sólo los intereses protegidos por la ley, sino también a los llamados intereses legítimos o derechos debilitados *diritti afieboliti*.
5. Las deliberaciones, es decir las decisiones de los cuerpos colegiados deben ser motivadas.
6. Los actos que implican un cambio en la doctrina administrativa o en la práctica que usualmente emplea. En efecto las decisiones que se separan de los criterios seguidos en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos, deben ser motivados por cuanto la modificación del precedente implica generalmente, una lesión del principio de igualdad, y por lo que atañe a los actos consultivos, los mismos son motivados. Apartarse en consecuencia de los que constituye una praxis, puede violar el principio de coherencia de la actuación administrativa e implicar por si mismo.
7. Los actos contrarios a las pruebas documentales que figuran en el expediente o en las cuales se fundamentara el acto impugnado.
8. Los actos que crean situaciones desfavorables o excepcionales para los administrados como es el caso de la retroactividad y finalmente.
9. Cuando la ley determina las razones en las cuales se fundamenta la emisión del acto.
10. Los actos que suspenden a otros precedentes. La necesidad de la motivación en tales casos a sido vista en el hecho de que la suspensión es un efecto derogatorio de la ejecutoriedad de los actos, por lo cual salvo en algunas materias (como es la fiscal), aún habiendo sido interpuesto recurso contra el acto, el mismo produce sus efectos, por lo cual la suspensión viene a operar como una fuerza extraordinaria.

De aceptarse el cambio de formulación por la que atañe a la motivación, la misma podría hacerse más exigente para hacerse efectivamente reveladora del **motivo** del acto y por ello debería dar razón plena del proceso lógico y



jurídico que ha determinado la decisión. Es decir, en los casos en los cuales el supuesto de la norma que se aplica sea un concepto jurídico indeterminado, el acto no podría reproducir tal concepto u otro análogo (por ejemplo el de falta de probidad o el de incapacidad física) sino que tendría que señalar cuál es el hecho constitutivo de la falta de probidad y cuál es el hecho en el cual se concreta la incapacidad física. Recuerda al efecto García Enterría que en el derecho francés se denomina “pass-partout”, esto es, comodines válidos para cualquier supuesto y no específicos del caso determinado objeto de la decisión. Se interpretaría si la exigencia de la motivación sucinta no en el sentido de una escueta información, sino de una información suficiente para que sea reconocible el hecho que constituye el sustento material del acto.

VI. OPINION DE GIANNINI

Giannini no deja de recordar que en el siglo XIX durante la concepción del acto formal como concepto del acto administrativo se partió del criterio de que la motivación era siempre necesaria, recuerda Giannini que incluso en la Asamblea Constituyente se avanzó la proposición de establecer como norma constitucional el principio de la necesidad de la motivación, la cual afortunadamente no prosperó, por cuanto ya la jurisprudencia se había manifestado en el sentido de que la tesis de la motivación universal y necesaria fuese ante todo absurda bajo el aspecto técnico, existiendo como existen una cantidad de pequeños proveimientos en los cuales la motivación no tendría objetivo alguno, tratándose de intereses homogéneos.

En una segunda fase la jurisprudencia cambió de rumbo y se dedicó a tipificar los proveimientos respecto a los cuales la motivación se debían de considerar como necesaria que, ubicado en grandes grupos eran los siguientes: los proveimientos de segundo grado, los proveimientos denegatorios, los proveimientos que impliquen juicios complejos, discrecionales o valorativos. Sin embargo señala Giannini que la jurisprudencia en esta última fase no fue más allá del casuismo y los intentos doctrinarios de establecer principios resultaron infructuosos. Profundizando la tesis, la jurisprudencia llegó a fijar la regla de que la motivación cuando fuese necesaria debía ser también suficiente, esto es, debía tener la extensión suficiente como para ser adecuadamente comprensible la razón por la cual se adoptara el proveimiento. Ahora bien por cuanto no existe ninguna norma que establezca que se entienda por “suficiencia”, el juez era el que tenía que decidir sobre su alcance. Pero la cuestión no era tan sencilla ¿qué se entiende en efecto por suficiencia de la motivación?.

- 1) Se entiende una motivación muy pormenorizada. Ante esta posición la reacción de la Administración fue que anulado el proveimiento por adolecer de motivación insuficiente volvía a adoptarlo exactamente igual pero con motivaciones kilométricas en forma tal, que siendo tales motivaciones “suficientes” no se le podían hacer objeciones.

Lo anterior indujo a la jurisprudencia a cambiar de rumbo aplicando de una forma mucho más efectiva las normas del procedimiento que le atribuye al juez administrativo amplios poderes instructorios en forma tal, que el mismo comenzó a determinar si los motivos adoptados en las motivaciones existían efectivamente o si por el contrario eran una invención de la Administración. La suficiencia de los motivos fue entendida así en un sentido esencialmente cualitativo. Finalmente se llegó al convencimiento de que para controlar la existencia de los motivos no era necesario pasar por la motivación ya que si el juez tiene poderes inquisitivos plenos no debe estar vinculado por la motivación. En tal forma el problema de la motivación ha quedado relegado y la motivación como “indicación legal” de los motivos individuales y de las valoraciones singulares ha perdido importancia conservándola simplemente como indicativa del itinerario cognocitivo y valorativo seguido por la autoridad que adopta la decisión. Pero ya no interesa que sea suficiente y en que forma debe ser suficiente, ya que si el juez, mediante el análisis de los actos del procedimiento y utilizando los medios inquisitivos de los cuales dispone y los normales recursos interpretativos determina que la autoridad ha aislado y valorado los motivos, el acto es válido aun cuando esté mal motivado. Esto no significa que la falta o insuficiencia de motivación hayan dejado de existir sino que las mismas ya no tienen el valor formal que tenían antes. En algunos casos la falta de motivación puede no tener influencia y en otros pueden ser el índice de una imperfecta determinación o valoración de los intereses. El problema se ha hecho más de hecho que de derecho. Es por ello que la jurisprudencia acepta la llamada motivación “aliunde”, es decir, fundada en una opinión, en una verificación, en un acto del procedimiento; la verificación implícita como podría ser la aprobación de un proveimiento que hace suyos los motivos del proveimiento aprobados e incluso la motivación en relación de segundo grado esto es, con referencia a un acto del procedimiento que a su vez reenvía a otro acto del procedimiento.

Al desaparecer el problema de la motivación, en lugar suyo han aparecido otros problemas que se refieren a los límites del juicio cuando el mismo es de legitimidad. Algunos consideran que se trata de problemas de la motivación.

La motivación del acto administrativo (Conferencia dictada por la Dra. Hildegard Rondón de Sansó en las V Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, el 23 de marzo de 2000).



I.
MOTIVACIÓN COMO ELEMENTO DEL ACTO

1. CONCEPTO: DEPENDE DE SU CALIFICACIÓN COMO REQUISITO FORMAL O REQUISITO SUSTANTIVO.

REQUISITO SUSTANTIVO = JUSTIFICACIÓN FACTICA O JURÍDICA DEL ACTO

REQUISITO FORMAL = MATERIALIZACIÓN EXTERNA DEL ACTO (SOLEMNE O NO SOLEMNE).

2. CRITERIO HRS: SUPERACIÓN DE LA DICOTOMIA:

A) MOTIVO = CAUSA O FIN

B) MOTIVACIÓN = EXTERIORIZACIÓN DEL MOTIVO

3. OBJETIVOS DE LA MOTIVACIÓN

A) PERMITIR AL DESTINATARIO DEL ACTO EL CONOCIMIENTO DE LAS RAZONES QUE DETERMINARON LA DECISIÓN

B) PERMITIR LA ESCOGENCIA Y FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS E IMPUGNACIONES

C) LIMITAR LAS ARBITRIARIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN

D) FACILITAR EL CONTROL DEL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SOBRE EL ACTO

EN RESUMEN IMPLICA EL EJERCICIO DE DOS FACULTADES DERECHOS:

A) AL ADMINISTRADO: GARANTIZA EL EJERCICIO DE UN DERECHO (DERECHO A LA DEFENSA).

B) AL JUEZ: GARANTIZA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD INQUISITIVA DEL JUEZ ADMINISTRATIVO.

II.
CLASIFICACIÓN DE LA MOTIVACIÓN

1. **PREMISAS:** EJERCICIO SISTEMÁTICO. EN MATERIA DE MOTIVACIÓN NO ES INTRASCENDENTE, DADA SU EVOLUCIÓN

A) DE ACUERDO CON LA OPORTUNIDAD

- A-1) ANTICIPADA
- A-2) SIMULTANEA - ACTO EN SERIE
- A-3) SUCESIVA - SILOGISMO
- A-4) SOBREVENIDA
- B) DE ACUERDO CON SU EXIGIBILIDAD
 - B-1) EXPLÍCITA (DEBE CONSTAR EN EL CUERPO).
 - B-2) IMPLÍCITA (PUEDE DEDUCIRSE DE SU TEXTO O DE LA PROPIA NATURALEZA TÍPICA).

CON MOTIVO DE ESTO: DECISIONES IMPLÍCITAS Y MOTIVACIÓN

¿ES VALIDA LA MOTIVACIÓN IMPLÍCITA NO MOTIVADA?
TENDENCIA GENERAL:

SI EL ACTO IMPLÍCITO EXIGE MOTIVACIÓN EL ACTO EXPLÍCITO DEBE SER MOTIVADO.

- C) DE ACUERDO CON LA OBLIGATORIEDAD:
 - C-1) OBLIGATORIA (EXIGIDA POR LA NORMA).
 - C-2) FACULTATIVA.
- D) DE ACUERDO CON LA AMPLITUD:
 - D-1) AMPLIA Y EXHAUSTIVA.
 - D-2) SUCINTA Y LIMITADA.

PERO EN TODO CASO SUFICIENTE

SUFICIENTE = NOCIÓN INDETERMINADA

- E) DE ACUERDO CON LA OBLIGATORIEDAD:
 - E-1) EXPLÍCITA.
 - E-2) EXCLUSIVAMENTE LEGAL.
 - E-3) ESPECÍFICA.



F) DE ACUERDO CON LA NATURALEZA DEL ACTO:

F-1) DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

F-2) DE LOS ACTOS POLÍTICOS (ARTÍCULO 43, PÁRRAFO SEGUNDO DE LA LEY DE PROCEDIMIENTOS ESPAÑOLA).

III. MOTIVACIÓN SOBREVENIDA

1. APORTACIÓN DE NUEVOS MOTIVOS
2. SI MOTIVACIÓN ES ELEMENTO DE FORMA, EL ACTO DEBE CONSIDERARSE VICIADO AÚN CUANDO SEA VÁLIDO SU CONTENIDO = ACTO CORRECTO PUEDE SER ANULADO POR JUEZ CONTENCIOSO.

ACEPTACIÓN DE LA MOTIVACIÓN SOBREVENIDA = CREAR INDEFENSIÓN DEL RECURRENTE.

RECHAZO DE LA MOTIVACIÓN = ANULAR ACTO POR SIMPLE MOTIVO DE FORMA.

OTORGAR AL RECURRENTE VICTORIA PIRRICA POR CUANTO LA ADMINISTRACIÓN PODRÍA DICTAR NUEVAMENTE EL ACTO. PROPOSICIÓN MODERNA ES CONDENAR EN COSTA A LA ADMINISTRACIÓN AÚN CUANDO SE CONFIRME EL ACTO, POR CUANTO CON ELLO SE EXHORTA A LA ADMINISTRACIÓN A DICTAR UN NUEVO ACTO APOYADO EN LOS MOTIVOS NO EXAMINADOS.

OBLIGARIA AL PARTICULAR A INICIAR NUEVO PROCESO.

NUEVO CRITERIO DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN:

NO ES SOLO JUICIO DE IMPUGNACIÓN, SINO REVISIÓN TOTAL DEL ACTO.

TENDENCIA IMPERANTE IGUALMENTE EN CASACIÓN DE OFICIO.

SI RECURSO DE NULIDAD ES VIA DE REVISIÓN TOTAL DEL ACTO, NO ES OBJETABLE LA MOTIVACIÓN SOBREVENIDA.

SOLUCIÓN HRS:

- JUEZ DEBE CONOCER DE LA MOTIVACIÓN SOBREVENIDA.
- DEBE RECHAZAR EL VICIO DE FORMA.
- DEBE IR AL FONDO DE LA CUESTIÓN EN DEBATE.

ESTRECHA RELACIÓN ENTRE MOTIVACIÓN SOBREVENIDA Y REEDICIÓN DEL ACTO.

TENDENCIA JURISPRUDENCIAL (CASO MOCHIMA Y AVENSA) Y LEGISLATIVA (ARTÍCULO 239 DE LA ORGANICA DEL SUFRAGIO) A RECHAZAR LA REEDICIÓN DEL ACTO).

IV. NECESIDAD DE LA MOTIVACIÓN

1. FRANCIA:

A PARTIR DE LA LEY DEL 11 DE JULIO DE 1979, SE ESTABLECIO LA MOTIVACIÓN OBLIGATORIA.

PUEDEN AISLARSE EN DOS GRANDES SUPUESTOS:

A) RELATIVOS A LAS DECISIONES INDIVIDUALES DESFAVORABLES A LAS PERSONAS.

A-1) DECISIONES QUE RESTRINGEN EL EJERCICIO DE LAS LIBERTADES PÚBLICAS O CONSTITUYEN UNA MEDIDA DE POLICIA.

A-2) DECISIONES QUE ESTABLECEN SANCIONES.

A-3) DECISIONES QUE SUBORDINAN EL OTORGAMIENTO DE AUTORIZACIONES A CONDICIONES RESTRICTIVAS.

A-4) DECISIONES QUE REVOCAN O ANULAN UNA DECISIÓN CREADORA DE DERECHOS.

A-5) DECISIONES QUE DECLARAN LA PRESCRIPCIÓN, LA PERENCIÓN O EL DECAIMIENTO.

A-6) DECISIONES QUE RECHAZAN UNA VENTAJA.

B) DECISIONES ADMINISTRATIVAS INDIVIDUALES DEROGATORIA DE REGLAS GENERALES FIJADAS POR LEY O REGLAMENTO:

B-1) HAY LEYES QUE PERMITEN SU DEROGATORIA PARCIAL MEDIANTE REGLAMENTO.

B-2) LAS DECISIONES DICTADAS EN BASE A LAS EXCEPCIONES PREVISTAS EN LA LEY, SE PLANTEAN EN EL CASO DEL URBANISMO Y EN LAS RELACIONES DE TRABAJO.



C) DECISIONES QUE NO DEBEN SER MOTIVADAS (NO HAY UNA REGLA FIJA QUE LAS ENGLOBE, PERO LA JURISPRUDENCIA A HECHO RESALTAR SITUACIONES ESPECIALES ASÍ:

C-1) DECRETOS QUE AUTORIZAN CAMBIO DE NOMBRES.

C-2) AUTORIZACIONES PARA COMERCIALIZACIÓN DE FARMACOS.

C-3) DECISIONES QUE ACUERDAN REMISIÓN FISCAL.

C-4) DELIBERACION DE LOS JURADOS DE EXAMEN O CONCURSO.

2. **ITALIA** (TESIS DE GIANNINI)

A) EN EL SIGLO XIX, AL SURGIR LA CONCEPCIÓN DEL ACTO FORMAL COMO ACTO ADMINISTRATIVO, LA MOTIVACIÓN SE ESTIMO SIEMPRE NECESARIA.

EN ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE 1948, SE PLANTEO PROPOSICIÓN DE ELEVAR A NIVEL CONSTITUCIONAL EL PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LA MOTIVACIÓN; PERO YA LA JURISPRUDENCIA LA HABÍA RECHAZADO BAJO EL ASPECTO TÉCNICO POR EXISTIR PEQUEÑOS PROVEIMIENTOS QUE TUTELAN INTERESES HOMOGENEOS.

2) LA JURISPRUDENCIA CAMBIO DE RUMBO Y SE DEDICO A TIPIFICAR LOS PROVEIMIENTOS QUE EXIGIAN LA MOTIVACIÓN AGRUPANDOLOS ASÍ:

2-1) PROVEIMIENTOS DE SEGUNDO GRADO.

2-2) PROVEIMIENTOS DENEGATORIOS.

2-3) PROVEIMIENTOS QUE IMPLIQUEN JUICIOS COMPLEJOS, DISCRECIONALES O VALORATIVOS.

LA JURISPRUDENCIA NO FUE MÁS HAYA, LIMITÁNDOSE A LA REGLA DE LA MOTIVACIÓN **SUFICIENTE**. EL JUEZ TENÍA QUE DEFINIR EL ALCANCE.

C) ¿QUE ES SUFICIENCIA?

C-1) MOTIVACIÓN PORMENORIZADA.

C-2) MOTIVACIONES KILOMETRICAS PERO INFUNDADAS.

D) NUEVA ETAPA DE LA JURISPRUDENCIA DE EJERCICIOS DE AMPLIOS PODERES INSTRUCTORIOS DEL JUEZ.

D-1) LA SUFICIENCIA SE ENTIENDE EN UN SENTIDO CUALITATIVO.

E) PARA CONTROLAR LA EXISTENCIA DE LOS MOTIVOS NO ES NECESARIO PASAR POR LA MOTIVACIÓN, EL ACTO INMOTIVADO PUEDE SER VALIDO POR QUE EL JUEZ PENETRA EN SU ITER DE FORMACIÓN Y ACEPTA LA MOTIVACIÓN ALIUNDE (FUERA DEL ACTO); LA VERIFICACIÓN IMPLÍCITA Y LA MOTIVACIÓN EN RELACIÓN DE SEGUNDO GRADO.

3. VENEZUELA

A) LA NECESIDAD DE MOTIVACIÓN NO ES MOTIVO DE DUDA A PARTIR DE LA VIGENCIA DE LA LOPA, JULIO DE 1981.

B) ARTÍCULO 9 DE LA LOPA EXIGE QUE ACTOS ADMINISTRATIVOS PARTICULARES SEAN MOTIVADOS, CON LA ÚNICA EXCEPCIÓN DE UNA DISPOSICIÓN EXPRESA DE LEY O DE ACTOS DE SIMPLE TRAMITE. ACTO DE TRAMITE SON LOS QUE ANTECEDEN A LA DECISIÓN FINAL QUE CONCLUYE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

OBJECCIÓN: HAY QUE DISTINGUIR SI SE TRATA DE UN ACTO COMPLEJO, SINO QUE PUEDE INCLUIR DECISIONES CONSULTIVAS Y AUTORIZATORIAS, Y ACTOS PROBATORIOS QUE TIENEN CARACTER SUSTANTIVO COMO SON LA ADMISIÓN O LA DELEGACIÓN DE LAS PRUEBAS, Y LA ADMISIÓN MISMA DE LA LEGITIMIDAD DEL INICIADOR.

PARA ALGUNOS, ACTO DE TRAMITE SON ACTOS INTERNOS, LO CUAL NO ES CIERTO POR CUANTO LAS PRUEBAS SON ACTOS EXTERNOS.

PROPOSICIÓN: INTERPRETAR LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 9, COMO ACTOS INSTRUMENTALES O PREPARATORIOS.

C) AL ARTÍCULO 9 SE ACOMPAÑAN OTRAS DISPOSICIONES QUE EXIGEN LA MOTIVACIÓN (ARTÍCULO 18, ORDINAL QUINTO), QUE ALUDE:

C-1) A LOS HECHOS.

C-2) A LAS RAZONES ALEGADAS.

C-3) A LOS FUNDAMENTOS LEGALES PERTINENTES.

D) ADEMÁS ALGUNOS ARTÍCULOS EXIGEN EN FORMA EXPRESA LA MOTIVACIÓN, COMO ES EL ARTÍCULO 34 (ORDEN DE ENTRADA DE LOS EXPEDIENTES) O RAZONES DE ORDEN PÚBLICO.

E) EL ARTÍCULO 59 EXIGE MOTIVACIÓN CUANDO SE CALIFIQUE UN ASUNTO COMO CONFIDENCIAL.



- F) ARTÍCULO 86 EN CASO DE INADMISIÓN DEL RECURSO ADMINISTRATIVO, LA DECISIÓN DEBE SER MOTIVADA.
- G) ARTÍCULO 104, EXIGE MOTIVACIÓN EN LAS SANCIONES.
- H) PUEDE ENUNCIARSE QUE LA REGLA ES LA MOTIVACIÓN GENERAL, SALVO LAS EXCEPCIONES INDICADAS Y MOTIVACIONES EXPRESAS PARA DETERMINADAS CATEGORIAS, TALES COMO:
 - H-1) EXCEPCIONES A LAS REGLAS GENERALES ESTABLECIDAS COMO GARANTIAS DE LOS ADMINISTRADOS.
 - H-2) CALIFICACIONES LIMITATIVAS DEL ACCESO AL EXPEDIENTE (CONFIDENCIALIDAD).
 - H-3) DENEGACIÓN DE RECURSOS (INADMISIBILIDAD POR FALTA DE REQUISITOS DE LEGITIMACIÓN Y DE FORMA).
 - H-4) ACTOS SANCIONATORIOS EN EJECUCIÓN DE LA LOPA.
- I) PODEMOS AFIRMAR QUE EN VENEZUELA RIGE LA EXIGENCIA DE LA MOTIVACIÓN, Y QUE LA MISMA ESTA CONSTITUIDA POR:
 - I-1) EXPRESIÓN SUCINTA DE LOS HECHOS.
 - I-2) RAZONES ALEGADAS POR LAS PARTES EN EL CURSO DEL PROCEDIMIENTO.
 - I-3) FUNDAMENTOS LEGALES QUE SUSTENTE EL ACTO.
- J) CON ANTERIORIDAD A LA LOPA, REGIA CORRIENTE QUE IDENTIFICABA ACTO ADMINISTRATIVO CON SENTENCIA JURISDICCIONAL, APLICANDO LA NORMA ANALOGA DE 243 DEL CPC, MOTIVACIÓN DE LOS FALLO SIGNIFICO LEGALIZACIÓN DE LA JUSTICIA IMPUESTA POR LA REVOLUCIÓN FRANCESA.
- K) A RAIZ DE LA LOPA, EL ESFUERZO DE LA JURISPRUDENCIA A SIDO MINIMIZAR LA OBLIGACIÓN GENERAL DE LA MOTIVACIÓN, POR SER ESTA EXCESIVA POR LO SIGUIENTE:
 - K-1) NO DISTINGUE ENTRE LOS ACTOS GENERALES Y LOS ACTOS INDIVIDUALES.
 - K-2) LA DINAMICA DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA EXIGE UNA REGLA CONTRARIA AL ARTÍCULO 9, ESTO ES MOTIVACIÓN COMO EXCEPCIÓN.

- K-3) AL DEJAR LA POSIBILIDAD DE SEÑALAR ACTOS EXCLUIDOS LO INDUCE A ESTABLECER EXCEPCIONES QUE PUEDEN CHOCAR CON NUESTRA CONCIENCIA JURÍDICA O SER TERGIVERSADOS. EJEMPLO: LEY DE BANCOS, EN CASO DE LOS PROMOTORES.
- L) LA JURISPRUDENCIA AL LIMITAR LA EXIGENCIA DE LA MOTIVACIÓN A PREVISTO:
- L-1) LA MOTIVACIÓN COLATERAL.
- L-2) LA MOTIVACIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO CITADO CUANDO EL MISMO ALUDE A UN CASO ESPECÍFICO.
- M) MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS GENERALES.
- N) MOTIVACIÓN DE LOS DECRETOS DE EXCEPCIÓN.
- O) JUSTIFICACIÓN DE LA TENDENCIA JURISPRUDENCIAL, ESTAMOS DE ACUERDO CON MINIMIZAR LA EXIGENCIA DE LA MOTIVACIÓN A FIN DE QUE NO SE RENUNCIE A EXAMEN DE FONDO. EL SIMPLE CONTROL FORMAL PUEDE LLEVAR A LA NULIDAD DE UN ACTO SUSTANCIALMENTE JUSTO.

FUNCIÓN DEL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, ES IMPEDIR DECISIONES FORMALISTAS. CONSTITUCIÓN DEL 99, ARTÍCULO 257 “NO SE SACRIFICARA LA JUSTICIA POR LA OMISIÓN DE FORMALIDADES NO ESENCIALES”. HABLAR DE EXPERIENCIA EN TRIBUNAL DE CARRERA.

- P) PROPOSICIONES PARA EXIGENCIA DE REFORMA DE LA MOTIVACIÓN.

LA ESENCIA DEL CAMBIO ES INVERTIR LOS TERMINOS SEÑALANDO, LA EXIGENCIA DE LA MOTIVACIÓN LEGAL EXCLUSIVAMENTE, SALVO LOS CASOS EN LOS CUALES LA MISMA RESULTE NECESARIA (ES EL SISTEMA SEGUIDO POR LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO DE ESPAÑA, DEL 26 DE NOVIEMBRE DE 1992, ARTÍCULO 54).

LOS SUPUESTOS QUE EXIGIRIAN MOTIVACIÓN SON:

- P-1) DECISIÓN FUNDADA EN MOTIVOS ALTERNATIVOS, LA ESCOGENCIA DEBE ESTAR FUNDADA.
- P-2) EN LOS PROCEDIMIENTOS DE SEGUNDO GRADO ANULACIÓN, REVOCACIÓN. EL ÓRGANO SUPERIOR DEBE SEÑALAR LAS



RAZONES POR LAS CUALES SE APARTA DEL INFERIOR.

NATURALEZA CUASI JURISDICCIONAL DE LOS PROCEDIMIENTOS.

P-3) ACTOS QUE SUPRIMEN UNA SITUACIÓN YA CREADA:

- ACTOS QUE PONE FIN A LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS,
- ACTOS QUE CONFORMAN LA POTESTAD SANCIONATORIA Y DISCIPLINARIA.

P-4) ACTOS QUE LIMITAN DERECHOS SUBJETIVOS.

P-5) EL RESULTADOS DE LAS DELIBERACIONES DE LOS ORGANOS COLEGIADOS.

P-6) ACTOS QUE IMPLICAN UN CAMBIO EN LA DOCTRINA ADMINISTRATIVA O EN LA PRACTICA USUALMENTE EMPLEADA.

P-7) DECISIONES CONTRARIAS AL APORTE DE LAS PRUEBAS DOCUMENTALES QUE FIGUREN EN EL EXPEDIENTE.

P-8) ACTOS QUE CREAN SITUACIONES EXCEPCIONALES O DESFAVORABLES (RETROACTIVIDAD).

P-9) ACTOS QUE HAN DE FUNDARSE EN RAZONES PREVISTAS EXPRESAMENTE POR LA LEY.

P-10) ACTOS QUE SUSPENDEN A OTROS PRECEDENTES.

ADEMÁS PROPICIAMOS EN LA REFORMA QUE LA MOTIVACIÓN SEA MÁS CALIFICADA. POR EJEMPLO SI EL SUPUESTO DE LA NORMA ES UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO (FALTA DE PROBIDAD INCAPACIDAD FISICA) EL ACTO NO PUEDE REPETIR TAL CONCEPTO (LO QUE EN DERECHO FRANCÉS SE DENOMINA *PASS-PARTOUT*) ESTO ES COMODINES VALIDOS PARA CUALQUIER SUPUESTO NO ESPECIFICO DEL CASO OBJETO DE LA DECISIÓN.

EL VALOR DE LA PUBLICACIÓN COMO FORMALIDAD
ESPECÍFICA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE
CONTENIDO NORMATIVO

EL VALOR DE LA PUBLICACIÓN COMO FORMALIDAD ESPECÍFICA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTENIDO NORMATIVO

Gustavo A. Grau Fortoul
Abogado "Cum Laude" U.C.A.B.
Doctor en Derecho "Cum Laude",
Universidad Complutense de Madrid.
Profesor de Derecho Administrativo, U.C.A.B.

1.- PRELIMINARES:

El estudio de la forma en el Derecho constituye sin duda un objeto material por demás extenso, del cual deriva toda una riqueza conceptual cargada de detalles y aspectos polémicos que, en su mayor parte, carecen de respuesta uniforme a nivel de la doctrina y de la jurisprudencia.

Basta simplemente tener presente cómo en esa distinción entre *forma* y *fondo* que con carácter general tiene lugar en el ámbito del Derecho, se ha llegado a identificar una traslación a este último campo de la antigua oposición entre *forma* y *materia*, suscitada originalmente en el mundo de la filosofía¹.

Pero adicionalmente al dato que aporta esta aislada referencia, conviene destacar que, también con carácter general y en innumerables aspectos, este tema de la forma en el Derecho ha sido objeto de un prolongado y complejo debate, el cual cuenta ya con una trayectoria medible en siglos y a cuyo fragor no ha podido escapar, por supuesto, el ámbito del Derecho Administrativo².

1

Ver en tal sentido, BELADÍEZ ROJO, Margarita: *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 75.

2

Del tema se ocupa, con bastante extensión y claridad, la autora citada en la nota inmediata anterior (Ob. Cit. Págs. 75-160), comenzando con la alusión que incluye al estado de la cuestión en el Derecho romano, donde destaca el complicado proceso de espiritualización y abandono progresivo de la forma que condujo en definitiva del *ius civile* al *ius gentium*, caracterizando a este último justamente su antiformalismo y el imperio del principio rector de la *bona fides*, frente a lo cual la autora no duda en precisar que «... la forma sigue siendo necesaria siempre que las ventajas que ofrezca superen los inconvenientes que su adopción conlleva ...», así como que «... La mayor o menor necesidad de «forma» no depende sólo del menor o mayor grado de desarrollo de un ordenamiento, sino también de las posibilidades de control social ...». Remite en tal sentido, con carácter general y entre muchos otros, a CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I.: *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de la apariencia*, Bosch, Barcelona, 1990; DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Civitas, Madrid, 1991 (reimpresión); DE LOS MOZOS, J.L.: «La forma en el negocio jurídico», en *ADC*, 1968; y HUBER: «Los preceptos de forma en el Derecho privado suizo», en *Colección de estudios sobre la publicidad en el*

Justamente por esa amplitud, se impone concretar al máximo lo que pueda decirse sobre el tema en este breve comentario, acudiendo con tal fin al auxilio que ofrece una idea de R. VON IHERING, quien al abordar lo concerniente a las ventajas y desventajas de la forma en el Derecho, destaca especialmente - entre las primeras- cómo la **publicidad** inherente a todo acto formal, hace posible extender sus efectos más allá de las partes y llevar a todos el conocimiento del acto³.

Será pues en esta específica manifestación de la forma (*publicidad*) en la que centraremos nuestra atención a lo largo del presente comentario, aunque en realidad nos ocuparemos más concretamente en esta ocasión de formular algunas reflexiones en torno al valor con que cuenta este requisito formal en una especial manifestación de la actividad de la Administración: la producción de *normas*.

2.- APROXIMACIÓN AL EJERCICIO DE LA POTESTAD NORMATIVA POR LA ADMINISTRACIÓN:

Para nadie es un secreto que entre las modalidades que adopta la actividad administrativa se encuentran fundamentalmente, junto a las actuaciones de carácter meramente material, esas *manifestaciones de voluntad* definidas generalmente como **actos administrativos**, cuyo contenido y alcance presenta en cada caso notables variaciones.

Entre esa variedad destacan especialmente aquellos actos a través de los cuales la Administración, en ejercicio de competencias expresamente atribuidas mediante disposiciones con rango de *ley formal*, contempla verdaderos

Derecho, 1947, Tomo II, pág. 176. Por lo que respecta al tratamiento del tema con carácter general en el ámbito del Derecho Administrativo, y especialmente de cara a la polémica surgida en torno a la «forma» como institución en sí misma, o como mecanismo instrumental para concretar la legalidad de la actuación administrativa, cabe remitir, entre muchos otros, a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *La doctrina de los vicios de orden público*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1970; NIETO, Alejandro: *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 1986, y del mismo autor, «La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo», en *Revista de Administración Pública* N° 76, pág. 19 y s.s.; finalmente, FERNÁNDEZ DE VELASCO, R.: *El acto administrativo*, Madrid, 1919.

³ VON IHERING, R.: «El espíritu del Derecho Romano», edición abreviada en *Revista de Occidente*, Argentina, págs. 284-286. La referencia ha sido tomada de BELADÍEZ ROJO, Margarita: *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Ob. Cit., pág. 80, quien indica que un resumen del trabajo de IHERING puede encontrarse también en la obra de DE LA OLIVA CASTRO, A.: *Los vicios de forma del acto administrativo*, Estudios Administrativos, Madrid, 1963.



imperativos de conducta formulados *con carácter abstracto y general*, dirigidos a todos aquellos sujetos de Derecho que se encuentren o lleguen a encontrarse eventualmente en la especial situación descrita a tal efecto.

Dicho de otro modo, llamada como haya sido a **regular** un determinado aspecto de una materia más amplia o un específico sector de actividad, la Administración dicta auténticas **normas** en desarrollo o complemento de la regulación establecida a nivel legal.

2.1.- Las comúnmente llamadas «normas internas».
Precisiones en torno a su verdadero alcance y significado:

Con carácter general, se puede afirmar que esta concreta manifestación de la actividad de la Administración, cuyo desarrollo cabe englobar en el ejercicio de potestades **normativas** o de **ordenación**, tiene lugar cotidianamente en el propio seno de la organización administrativa, donde funciona a manera de herramientas para la adecuada regulación de los recursos humanos, técnicos y materiales con que cuenta el órgano o ente para el cumplimiento de su misión.

Desde esta perspectiva, hablamos entonces de las llamadas **normas internas**⁴, en cuya formulación o emisión suele postularse una especie de **atenuación** en cuanto al rigor con que se exigen ordinariamente ciertas **formalidades** contempladas a nivel legal para el adecuado ejercicio por la Administración de potestades normativas o de ordenación, en la medida en que están destinadas a surtir efectos únicamente frente a los sujetos de Derecho que forman parte de la estructura interna de la organización autora de las mismas, sólo mientras se desenvuelven en dicho ámbito y únicamente por lo que respecta a la labor y a las relaciones que mantienen en el propio seno de la organización, sin trascender ni afectar directamente lo concerniente al acceso, permanencia, *status*, y salida de la organización⁵.

⁴ Ver en tal sentido, con carácter general y entre muchos otros, lo dicho al respecto en la doctrina nacional por RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: *Teoría General de la Actividad Administrativa. Organización, Actos Internos*, edición conjunta de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y de la Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981.

⁵ En este punto, conviene tener presente lo señalado con carácter general por ULE, Carl Hermman: “Das besondere Gewaltverhältnis. Probleme des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes”, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 15*, 1957, específicamente frente a la figura de las llamadas **relaciones de sujeción especial**, formulada originalmente durante la monarquía constitucional alemana del siglo XIX y con la cual se alude a una peculiar clase de relaciones, identificadas ante concretas situaciones

Es así como se explica la ***ausencia de publicación*** en los órganos de divulgación oficial de la mayor parte de las *normas internas* dictadas para regir únicamente en el seno de la estructura organizativa de la Administración, regulando aspectos meramente instrumentales de su operativa o de su funcionamiento.

2.2.- *El ejercicio de esta potestad normativa en sectores de actividad particular sometidos a una fuerte intervención estatal:*

Pero la realidad acredita que la producción de normas constituye una manifestación del ejercicio del Poder Público que la Administración pone en marcha, con bastante más frecuencia de lo que se cree, frente a los particulares que operan en determinados sectores de actividad.

Hablamos de sectores que por lo vertiginoso del proceso de cambios al cual se encuentra sujeta su propia dinámica; por la más estrecha relación que guarda su desempeño con las exigencias derivadas del interés general, público o colectivo, según el caso; o por una combinación de estas y de otras circunstancias que no viene al caso estudiar con detalle en esta ocasión, son objeto de una versión más intensa del ejercicio del Poder Público, signada fundamentalmente por la creación o establecimiento de un órgano o ente a propósito, que a manera de ***autoridad rectora*** del sector de que se trate, recibe por disposición legal la

que se caracterizan por la *mayor intensidad* con que el Poder público opera frente al ciudadano, y a las que en algunos casos éste accede *voluntariamente*, con la posibilidad de obtener algunas ventajas o un derecho especial. Tradicionalmente se estiman dadas cuando el particular entra en lo que, de alguna manera, podría calificarse como el ***ámbito interno de la Administración***, señalándose a los *funcionarios* como uno de los cuatro grupos o colectivos clásicos a los cuales se ha referido tradicionalmente esta figura. Pues bien, dentro de una misma *relación de sujeción especial*, ULE distingue entre *relaciones de base o fundamentales* (que atañen al *nacimiento, modificación o finalización* de la relación, donde se reconoce la plena exigencia de todas las *formalidades y garantías* previstas en protección del adecuado ejercicio de los derechos fundamentales, especialmente la impugnabilidad judicial de las medidas dictadas por la Administración), y *relaciones de funcionamiento o de empresa* (que atañen a la operatividad en el *orden meramente interno* de la empresa o establecimiento y donde no se cuenta con protección judicial, bastando la que ofrece el *juez disciplinario o administrativo*). Un tratamiento exhaustivo y general de esta figura ha sido llevado a cabo por GALLEGO ANABITARTE, A.: “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración”, en *Revista de Administración Pública* N° 31, Madrid, 1961, págs. 11 y s.s.; GARCÍA MACHO, Ricardo: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992, y del mismo autor “Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 72, Madrid, 1991, pág. 518; LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki: *Las Relaciones de Sujeción Especial*, Civitas, Madrid, 1994; LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano: *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994.



misión de **regular** (dictar *normas*) la actividad de los particulares que operan en ellos, a lo cual se suma la atribución de competencias de **dirección** (dictar *órdenes e instrucciones*), **supervisión** (solicitar *información*, practicar *inspecciones*) y **disciplina** (*sancionar*)⁶.

De esta forma, cada vez que nos aproximamos al texto de la Gaceta Oficial solemos encontrar toda una pléyade de **Resoluciones**, dictadas para regular los más diversos aspectos en diferentes materias atinentes al desarrollo de la actividad que llevan a cabo las distintas sociedades mercantiles y personas naturales que operan en estos sectores.

Sin embargo, junto a ese universo de actos normativos exhibidos en los medios oficiales de divulgación legalmente instituidos, se encuentran algunas disposiciones, preceptos, manuales, códigos, instructivos y otros instrumentos contentivos de auténticas **normas**, a las cuales se suele adosar en algunos casos el adjetivo de «*internas*», pero sin tener en cuenta que su aplicación afecta directamente a sujetos de Derecho que no forman parte de la organización administrativa, cuyo contenido apenas se alcanza a conocer mediante impresiones elaboradas y distribuidas al público por el propio órgano o ente del cual emanan, o bien mediante su remisión a manera de anexo junto al texto de un Oficio, en el cual se pretende indicar su puesta en vigor⁷.

⁶ Un ejemplo paradigmático a este respecto viene dado por lo que sucede en los casos del sistema bancario y crediticio, la actividad desplegada por las empresas de seguro y el funcionamiento del mercado de valores, en cuyas respectivas regulaciones -Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (Decreto Ley N° 3.228, dictado en fecha 28 de octubre de 1993, G.O. N° 4.649, Extraordinario, del 19/11/93), Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (G.O. N° 4.822, Extraordinario, del 23/12/94), Ley de Mercado de Capitales (G.O. N° 36.565, del 22/10/98)-, destaca especialmente el diseño de un **complejo sistema de normas y de relaciones de Derecho público**, así como la creación de una dependencia de la Administración o de un ente a propósito, al cual se asigna todo un cúmulo de competencias (*ordenación, dirección, supervisión y disciplina*) que lo configuran indiscutiblemente como la **autoridad rectora** del sector de que se trate -Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, Superintendencia de Seguros y Comisión Nacional de Valores-.

⁷ Un buen ejemplo en tal sentido podría ser el llamado **Manual de Normas y Procedimientos establecidos en materia de Régimen Cambiario**, dictado por la Junta de Administración Cambiaria durante el último régimen de restricción a la libre convertibilidad de la moneda y dirigido a regular la obligación de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela, a través del sistema bancario nacional, de las divisas obtenidas durante la vigencia del régimen en referencia, cuya publicación en Gaceta Oficial fue omitida por completo, lo cual no parece haber constituido óbice alguno para imponer **sanciones** (*multas*) sobre la base del incumplimiento de trámites y de formalidades previstas en tales normas. Lo mismo cabe decir en muy buena medida frente al llamado **Código de Cuentas** dictado por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras y destinado a **regular** los

En modo alguno se desconoce que la introducción en estos sectores de precisiones, innovaciones o ajustes en aspectos substanciales de la actividad administrativa ordinaria, así como en el conjunto de reglas y principios encargados de regirla, obedecen a *razones* muy diversas que apuntan en definitiva a destacar la “*especial naturaleza de los hechos económicos*”, marcados por características tales como su “*variabilidad*”; la “*diversidad y complejidad técnica*” de los elementos que los conforman; la “*celeridad*” y hasta “*inmediatez*” con que producen sus efectos y la “*corta vigencia*” de estos últimos, poniendo en evidencia la “*utilidad coyuntural*” de las técnicas o instrumentos de actuación estatal, a las que se pide ante todo contar con la *agilidad y flexibilidad* indispensables para seguir el ritmo que imponen los vertiginosos cambios propios de estos ámbitos⁸.

Pero haciendo a un lado lo concerniente a la adecuada categorización jurídica de estos sectores, con arreglo a las llamadas *relaciones de sujeción especial*

asientos contables de los operadores del sistema, pues siendo indiscutiblemente una *norma* ante cuyo incumplimiento procede incluso la imposición de *sanciones* (Cfr. 277 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras), su impresión integral, así como la de las posteriores reformas que ha sufrido, han debido ser publicadas en la Gaceta Oficial, y no limitarse a la mera publicación del texto de la Resolución en la cual se adopta la decisión de aprobar el Código, sin incluir en dicha publicación el contenido del mismo.

8

Se trata de un tema que llama poderosamente la atención de MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián: *Crédito, banca y cajas de ahorro*, Tecnos, Madrid, 1975, pág. 164, expresando en tal sentido lo siguiente: “... Exigencia de un obrar *sin demora*, impuesto además, en la mayor parte de los casos, por circunstancias que no admiten dilación y requieren adoptar una determinada decisión en orden a alcanzar unos resultados concretos. (...) una realidad que, en última instancia, se expresa por una serie de *fórmulas y de procedimientos atípicos*, incluso a través de *medidas o resoluciones telefónicas*, y en las que la idea de alcanzar una oportuna unidad de acción es también evidente ...”. Agrega luego en nota que “... Por encima de lo anecdótico que pueda resultar, no es desde luego pura casualidad la referencia constante que en esta materia se hace a las *órdenes telefónicas*. ...”, remitiendo a lo dicho en cuanto al punto por RUBIO, M.: “La organización de la autoridad monetaria”, en *Moneda y crédito N° 104*, Madrid, 1968, págs. 3 y s.s., y especialmente, pág. 15. Ver igualmente FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: “Las medidas de policía. Su exteriorización e impugnación”, en *Revista de Administración Pública N° 61*, Madrid, 1970, pág. 137, cuando al comentar con carácter general las *peculiares formas* de la actividad de policía del orden público, afirma que “... Es el mundo de las *órdenes verbales*, de las *intimaciones*, de los hechos y de las “*operaciones*” administrativas. *El teléfono*, el *telégrafo*, el *megáfono*, la *radio* y otros aparatos semejantes se erigen aquí en protagonistas principales ...”. Hace alusión al contenido del artículo 41 de la anterior Ley española de Procedimiento Administrativo, que al tratar lo concerniente a los modos de expresión de la voluntad de la Administración, contempla una fórmula libre o residual de instrumentación de los actos “... cuando su naturaleza o circunstancias lo exijan o permitan otra forma más adecuada de expresión ...”. Remite en cuanto al punto a la obra de HARIOU, M.: *Précis de Droit Administratif*, 1933, pág. 337, «... donde alude a la “práctica generalizada y recomendada por *circular* ministerial, de la *administración por teléfono*», que en nada afecta ni el carácter ejecutorio de la decisión, ni por supuesto, a su impugnación ulterior ...”.



o a la idea de los *ordenamientos jurídicos sectoriales*,⁹ lo cierto es que en ellos tiene lugar el desarrollo de actividades de *naturaleza estrictamente privada*, sólo que altamente regulada en función de la estrecha vinculación que el ejercicio de estas actividades guarda con el interés general, por lo que esas distintas manifestaciones de intervención estatal encuentran auténticos *límites*, dirigidos a asegurar un razonable ejercicio de los poderes descritos¹⁰.

Es aquí donde cobra sentido justamente la exigencia de satisfacer las más elementales *formalidades* impuestas por el ordenamiento a tal efecto, especialmente la *publicación* de los actos administrativos de contenido normativo que se estudia en esta ocasión.

3.- EN CONCRETO: SOBRE LA PUBLICACIÓN DE LAS NORMAS:

El tema de la *publicidad*, como formalidad específica de los actos de contenido normativo, ha ocupado la atención de algunos autores en la doctrina extranjera, mereciendo destacarse especialmente la opinión emitida al respecto por Fernando SAINZ MORENO,¹¹ quien de cara al contenido de algunos preceptos del

⁹ Ver en tal sentido, las referencias al tema formuladas por el autor de este comentario en «El encaje como mecanismo de política monetaria, sujeto en su instrumentación a la legalidad (una contribución al estudio jurídico de la actividad estatal de intervención en materia económica)» en: *Revista de derecho Administrativo N° 4*, Editorial Sherwood, Caracas, 1998. Con mayor extensión hemos tratado este tema en *Fundamentos de derecho Público Bancario (ordenación, dirección supervisión y disciplina del sector bancario privado en el Derecho Público venezolano)*, Tesis Doctoral inédita, actualmente en prensa.

¹⁰ Ello justamente por ser la *libertad económica*, como extensión al campo económico del más general derecho y principio de *libertad*, la que sirve de fundamento institucional, a nivel constitucional, para el ejercicio de cualquier actividad de este tipo, de manera que, aún en estos peculiares ámbitos de actividad, comúnmente denominados como *ordenamientos sectoriales*, no obstante la mayor intensidad y recurrencia con que se manifiesta el ejercicio del Poder Público, rigen plenamente exigencias tan básicas como: a) la *reserva de ley formal* para la imposición de cualquier limitación o restricción al libre ejercicio de este derecho; b) El *respeto al contenido esencial* del derecho a la libertad económica y al resto de los *derechos fundamentales* de los cuales sea titular el operador de que se trate; c) La *interpretación restrictiva* de las disposiciones que contemplan limitaciones a este derecho; d) La exigencia general que impone el *principio de razonabilidad* frente a toda actuación administrativa (artículo 12 LOPA); e) La obligada *observancia de las formalidades* establecidas a nivel legal para el adecuado ejercicio de cualquier eventual manifestación de intervención estatal; y f) La ineludible *protección judicial* frente a cualquier actuación desorbitada del Poder Público.

¹¹ «La Publicidad de las normas», en A.A.V.V.: *La protección jurídica del ciudadano*, Libro Homenaje al profesor Jesús González Pérez, Lorenzo MARTIN-RETORTILLO (Dir.), Cívitas Madrid, 1993, 3 vols. vol. I, pág. 121 y s.s.

Derecho positivo español¹², comienza por distinguir entre la **publicidad** y la simple **publicación**, atribuyendo a la primera un significado y alcance más extenso, alusivo más bien a la adecuada *difusión* del acto sujeto a este especial requisito formal, del cual deriva la exigencia de principios como los de *inteligibilidad, exactitud e inmediatez* en la satisfacción de la formalidad¹³.

Sin embargo, atendiendo a los límites que impone el marco en el cual se formula el presente comentario, y sin que ello implique desconocer en modo alguno la trascendencia con que cuentan los principios enunciados, resulta esencial tratar de establecer cuál es el valor y el alcance que cabe atribuir a la **publicación** de las normas dictadas por la Administración, cuestión que apunta a determinar si se trata de un requisito de mera *eficacia*, o si más bien resulta indispensable para la *validez* del acto frente al cual se exige.

3.1.- *¿Validez o simple eficacia?*

Algunos pronunciamientos en la doctrina extranjera:

En tal sentido, conviene abordar lo dicho sobre el particular por algunos autores que se han ocupado del tema en la doctrina extranjera, como es el caso de Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, para quien la **publicación** representa justamente la forma como queda promulgada ante la comunidad la existencia de una nueva norma, dictada por sus legítimos representantes y que a ella toca primariamente respetar, cumplir y hacer cumplir, frente a lo que adicionalmente, los órganos políticos y los tribunales quedan también advertidos de tal existencia y del carácter imperativo de su observancia, todo ello por la simple publicación

¹²

Entre muchos otros, el autor acude al contenido del artículo 3 de la Constitución española, según el cual «... La Constitución garantiza (...) la **publicidad** de las normas ...»; al artículo 1.5 del Código Civil español, según el cual «... Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su **publicación** en el Boletín Oficial del Estado si en ellas no se dispone otra cosa ...»; y al artículo 51.1 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual «... **Publicidad**: Para que produzcan efectos jurídicos, las disposiciones administrativas habrán de **publicarse** en el Diario Oficial que corresponda ...».

¹³

Ob. Cit., pág. 124: «... Como principios generales de la publicación oficial de las normas pueden enunciarse los siguientes:
-Publicación en el Boletín Oficial;
-Publicación inteligible;
-Publicación y difusión inmediatas;
-Publicación completa;
-Publicación exacta, sin errores ni erratas; y
-Publicación adecuada de modificaciones, interpretaciones vinculantes, derogaciones y nulidades.



y sin que sea necesaria ninguna clase de comunicación especial en tal sentido, operando así plenamente el principio *iura novit curia*¹⁴.

En la misma línea y de cara al ordenamiento positivo español, se pronuncia Manuel ARAGÓN¹⁵, afirmando que resulta indispensable tal **publicación** para la **vigencia** misma de la norma, por exigencia del artículo 9.3 de la Constitución, mientras que Ramón PARADA VÁSQUEZ¹⁶, al plantear la necesidad de verificar si se satisfacen las **condiciones de validez** propias de la producción de normas de esta índole por la Administración, adicionalmente a la suficiente **habilitación** mediante Ley, hace una concreta referencia a la **publicidad**.

Con mayor contundencia se pronuncia sobre este mismo tema José María BOQUERA OLIVER¹⁷, afirmando que “... la **publicación**, en sentido estricto, es una **forma solemne, especial, de dar a conocer la voluntad de la Administración a los administrados**. Decimos que *las resoluciones administrativas se notifican* y que **las disposiciones se publican**. La notificación es una comunicación individual; la publicación, una comunicación general e impersonal. (...) **La publicación es requisito esencial para la existencia de las disposiciones generales. Disposición no publicada, disposición inexistente**. Por el contrario, la notificación de las resoluciones es **requisito de su eficacia**. El acto administrativo existe, es válido, aún cuando no se notifique, pero, normalmente, para su destinatario sólo produce efectos desde que se le notifica ...”.

3.2.- *El ensayo de una respuesta frente al ordenamiento venezolano:*

Pero hecha esta breve relación sobre algunas de las principales opiniones emitidas al respecto en el campo de la doctrina extranjera, se impone ensayar ahora una respuesta de cara a la específica realidad que ofrece el Derecho positivo venezolano.

¹⁴ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: “Los poderes normativos del Banco de España”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* N° 13, Madrid, 1984, págs. 28 y 31, en especial, nota 37.

¹⁵ Vid. ARAGÓN, Manuel: “Las fuentes de la contratación bancaria. En particular, el problema de los Estatutos de los bancos y de las Circulares del Banco de España”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 12, Madrid, 1992, págs. 47 y 48.

¹⁶ Vid. PARADA VÁSQUEZ, Ramón: “Valor jurídico de la Circular”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* N° 2, Madrid, 1981, pág. 314.

¹⁷ Vid. BOQUERA OLIVER, José María: “La Publicación de disposiciones generales”, en *Revista de Administración Pública* N° 31, Madrid, 1960, págs. 57 y s.s., especialmente págs. 76 y 77.

- a) El mandato constitucional de publicación y el mecanismo presuntivo de conocimiento general irrefutable establecido al respecto por el Código Civil:

Al igual que sucede en la mayor parte de los ordenamientos en el Derecho comparado, el nuestro se encarga de contemplar, al máximo nivel normativo¹⁸, una referencia expresa a la *publicación de la Ley*, en los siguientes términos:

«**Artículo. 215** La ley quedará promulgada al *publicarse* con el correspondiente «Cúmplase» en la Gaceta Oficial de la República» (El subrayado, resaltado y las cursivas que aparecen en la transcripción, han sido incluidas por el autor del presente estudio).

Ahora bien, descendiendo un nivel más en la escala de la jerarquía normativa, nuestro Código Civil¹⁹ también se ocupa de este específico tema de la *publicación de la Ley*, pronunciándose claramente en torno a los *efectos* que ello produce, en los siguientes términos:

«**Artículo 1.-** La ley es obligatoria desde su publicación en la Gaceta Oficial o desde la fecha posterior que ella misma indique».

«**Artículo 2.-** La ignorancia de la Ley no excusa de su cumplimiento».

Inicialmente, cabe sostener que la interpretación concordada de este par de preceptos, aparte de revelar la institución de un medio específico de *divulgación oficial* a nivel nacional: la *Gaceta Oficial*²⁰, da lugar a la consagración de un *régimen presuntivo no desvirtuable* mediante el cual, a partir de un hecho

¹⁸ Se alude así a la nueva Constitución de la República, aprobada originalmente mediante referéndum popular celebrado el 15 de diciembre de 1999, publicada inicialmente en la Gaceta Oficial N° 36.860, Extraordinario, del 30 de diciembre de ese mismo año, y vuelta a publicar finalmente, junto con su Exposición de Motivos y no sin pocas modificaciones de redacción, en la Gaceta Oficial N° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000, lo cual hace inocultable una radical inobservancia a esos principios identificados en la nota inmediata anterior, nada más y nada menos que con la publicación de la propia Constitución.

¹⁹ Publicado en la Gaceta Oficial N° 2.990, Extraordinario, del 26 de julio de 1982.

²⁰ Creada en realidad mediante Decreto dictado por el Ejecutivo Nacional el 11 de octubre de 1872, tal y como lo indica el artículo 11 de la Ley de Publicaciones Oficiales (G.O.N° 20.546, del 22/7/41).



cierto, como lo es la publicación en dicho medio de un acto de contenido normativo, se arriva necesariamente y sin posibilidad de rechazo de ningún tipo a otro hecho específico: el conocimiento irrefutable del acto publicado por parte de todo sujeto de Derecho.

Sin embargo, frente al uso del vocablo ley en cada uno de los preceptos antes transcritos, podría plantearse la duda en torno a si con él se alude a la noción material de la expresión, y por tanto se abarca cualquier manifestación del Poder Público que implique la emanación de normas (con absoluta independencia del rango que ocupe dicha manifestación en la escala de la jerarquía normativa), o si más bien se alude a la noción formal del vocablo, restringida únicamente a aquella que ofrece el artículo 202 del nuevo Texto Constitucional²¹.

En este comentario, nos inclinamos por la solución que apunta a la consagración de la primera concepción (*ley* en sentido *material*, y por tanto, inclusión de *toda norma* dictada por los órganos que tienen a su cargo el ejercicio del Poder Público).

Ciertamente, basta pensar que una solución diferente conduciría al absurdo de excluir, para todas las normas contenidas en instrumentos con rango distinto a la *ley formal* (como es el caso de las que emana directamente la propia Administración, incluidos los Reglamentos que dicte el Presidente de la República con fundamento en lo dispuesto por el artículo 236, numeral 10, del Texto Fundamental)²², el mecanismo presuntivo previsto en el Código Civil, en virtud del cual cabe asumir plenamente y sin posibilidad alguna de rechazo, el conocimiento por todos del contenido de la norma, ante el solo hecho material de haberse publicado ésta en el medio de divulgación oficial creado con tal fin.

Pero adicionalmente, conviene advertir que nuestro Derecho positivo ofrece disposiciones expresas que conducen a sostener, específicamente en el caso de la actividad normativa de la Administración, una respuesta favorable a la exigencia de publicación como único mecanismo en virtud del cual resulta admisible asumir el conocimiento pleno de cualquier norma sin posibilidad alguna de desconocimiento.

²¹ «... La ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador. Las leyes que reúnan sistemáticamente las normas relativas a determinada materia se podrán denominar códigos ...».

²² A excepción, por supuesto, de los Decretos con rango y fuerza de ley formal que puede dictar el Presidente de la República, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 236, numeral 8, del nuevo Texto Fundamental.

c) La respuesta que ofrece la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos:

En tal sentido, como texto legal general encargado de regular las prescripciones a las cuales debe ajustarse la actividad de la Administración Pública Nacional Central y Descentralizada, así como de las Administraciones Públicas estatales y municipales (en cuanto les sea aplicable), y de la Contraloría y Fiscalía General de la República como entes con autonomía funcional (art. 1), cabe acudir a algunos preceptos de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos²³, concretamente a los artículos 7, 14, 16 y 72, según los cuales:

«**Artículo 7.-** Se entiende por acto administrativo, a los fines de esta Ley, toda declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la Ley, por los órganos de la Administración Pública».

«**Artículo 14.-** Los actos administrativos tienen la siguiente jerarquía: decretos, resoluciones, órdenes, providencias y otras decisiones dictadas por órganos y autoridades administrativas».

«**Artículo 16.-** Las resoluciones son decisiones de carácter general o particular adoptadas por los Ministros por disposición del Presidente de la República o por disposición específica de la Ley (...)»

«**Artículo 72.-** Los actos administrativos de carácter general o que interesen a un número indeterminado de personas, DEBERÁN ser publicados en la Gaceta Oficial que corresponda al organismo que tome la decisión.

Se exceptúan aquellos actos administrativos referentes a asuntos internos de la Administración.

También serán publicados en igual forma los actos administrativos de carácter particular cuando así lo exija la Ley» (El subrayado, resaltado, las cursivas y las VERSALES

²³

Publicada en la Gaceta Oficial N° 2.818, Extraordinario, del 1° de julio de 1981.



que aparecen en la transcripción, han sido incluidas por el autor del presente estudio).

Frente al tenor literal de estas disposiciones, cabe precisar lo siguiente:

- ◆ No se desconocen las diferencias que ha suscitado el uso de distintos términos para calificar los actos administrativos aludiendo tanto a su *carácter* como a sus *efectos*²⁴, donde la aneji3n del calificativo *generales* o *particulares* frente a cada uno de ellos puede dar lugar a estimar que con lo general se alude, *en todo caso* (*carácter o efectos*), a los actos de *contenido normativo*, o bien a ver en el *carácter general* una expresi3n alusiva 3nicamente al contenido (*normativo*), dando a los *efectos* un 3mbito m3s amplio en el que se incluyen tambi3n algunos actos que, sin ser de *contenido normativo*, «... interesan a un n3mero indeterminado de personas ...», en los t3rminos del art3culo 72 transcrito en el texto²⁵.
- ◆ Pero lo cierto es que independientemente de la soluci3n que se adopte al respecto, lo cual no es tarea que corresponda abordar en el presente comentario, la interpretaci3n concordada de estos preceptos no ofrece duda alguna en cuanto a que la *publicaci3n* constituye una formalidad exigible respecto de todo acto de contenido normativo; vale decir, independientemente del tratamiento unificado o diferenciado que se de a las expresiones *carácter general* y *efectos generales*, no cabe duda que ambas son predicables respecto de los actos de contenido normativo, en la medida en que, como se ha dicho, contemplan verdaderos *imperativos de conducta* formulados *con carácter abstracto y general*.
- ◆ Finalmente, precisar que se trata de una obligaci3n impuesta con carácter general para la Administraci3n P3blica Nacional Central y Descentralizada, por lo que tal formalidad (*publicaci3n*) resulta plenamente exigible incluso

²⁴ Recuérdese que es justamente esta expresi3n (*efectos*) la que se emplea en nuestro Derecho positivo a los fines de distinguir los *procedimientos* a seguir para el conocimiento, sustanciaci3n y decisi3n de recursos judiciales en sede contencioso administrativa (Vid. Ley Org3nica de la Corte Suprema de Justicia -G.O.N° 1.893, Extraordinario, del 30/7/76-, arts. 121 y s.s. -recurso de nulidad contra actos de *efectos particulares*- / arts. 111 y s.s. -recurso de nulidad contra actos de *efectos generales*-).

²⁵ Tales como la convocatoria a concursos p3blicos para la provisi3n de un cargo o de una c3tedra, o bien el llamado p3blico a una licitaci3n general, si bien en este 3ltimo caso la exigencia de inscripci3n en el Registro de Contratistas podr3a considerarse como un indicativo de la *determinabilidad* de los interesados.

en cualquiera de esos *sectores fuertemente reglamentados* a los cuales hemos hecho referencia, en tanto en cuanto sus autoridades de vértice encuentren cuadratura dentro de la estructuración de la Administración descrita en el artículo 1° de la Ley, al definir su ámbito de aplicación²⁶.

De manera pues que no cabe duda en cuanto a que, por expreso mandato legal, la *publicación* constituye una formalidad exigible impretermiblemente frente a *todo* acto normativo dictado por la Administración, con la expresa salvedad de aquellos que se mantengan dentro del verdadero linde de las *normas internas*, en los términos antes vistos²⁷.

Sin embargo, precisado como ha sido lo concerniente a la exigibilidad de la *publicación* como formalidad específica de los actos normativos, sigue por determinar lo concerniente a la *entidad* o el *alcance* con que nuestro ordenamiento impone esta exigencia formal (*validez* o *eficacia*).

c) *Especial referencia a la Ley de Publicaciones Oficiales:*

En tal sentido, aparte del dato que arroja el mecanismo presuntivo establecido al respecto por nuestro Código Civil, sobre cuya utilidad a este respecto volveremos en esta misma sección, se hace necesario acudir también al texto legal encargado de regular lo concerniente al adecuado cumplimiento de esta formalidad en el ordenamiento venezolano.

²⁶ Así sucede al menos por lo que respecta a los tres sectores a los cuales nos hemos referido en anterior nota del presente comentario (banca-seguros-mercado de capitales), en la medida en que las *autoridades de vértice* creadas especialmente para atender cada uno de esos sectores, o bien responden al esquema de la descentralización institucional, erigiéndose por ley en *institutos autónomos* (Superintendencia de Bancos), o bien responden al esquema de la *desconcentración administrativa* (Superintendencia de Seguros-Comisión Nacional de Valores).

²⁷ Vale decir, aquellas que están destinadas a surtir efectos únicamente frente a los sujetos de Derecho que forman parte de la estructura organizativa interna de la Administración autora de las mismas, sólo mientras se desenvuelven en dicho ámbito y únicamente por lo que respecta a la labor y a las relaciones que mantienen en el propio seno de la organización, sin trascender ni afectar directamente lo concerniente al acceso, permanencia, *status*, y salida de la organización, siendo esta la razón por la cual se suele postular que en su formulación o emisión tiene lugar una especie de *atenuación* en cuanto al rigor con que se exigen ordinariamente ciertas *formalidades* contempladas a nivel legal para el adecuado ejercicio por la Administración de potestades normativas, tal y como lo acredita expresamente en nuestro ordenamiento el primer aparte del artículo 72 recién transcrito (Se exceptúan aquellos *actos administrativos referentes a asuntos internos de la Administración*).



Nos referimos a la Ley de Publicaciones Oficiales²⁸, cuya sola sistematización permite reafirmar la existencia de esa obligación identificada en la sección inmediata precedente.

En efecto, si bien los dos primeros capítulos del Título I de este texto legal aluden específicamente a la **publicación de las leyes**, utilizando así el mismo vocablo empleado por los artículos 215 de la Constitución y 1° y 2 del Código Civil, conviene señalar que el Capítulo III de ese mismo Título alude justamente a la publicación **«De los actos del Poder Ejecutivo Federal»**.

Ahora bien, entre las disposiciones contempladas en dicho Capítulo (III), merece destacarse especialmente el contenido de los artículos 8 y 9, según los cuales:

«**Artículo 8.-** En la Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela deberán publicarse los Decretos dictados por el Ejecutivo Nacional en uso de su facultad de **reglamentar las leyes**, y los Reglamentos de carácter orgánico de acuerdo con el numeral 11 del artículo 100 de la Constitución Nacional».

«**Artículo 9.-** En la Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela **se publicarán** además los Decretos, **Resoluciones y otros actos** del Poder Ejecutivo **que por mandato legal** o a juicio de aquél **requieran publicidad**; sin perjuicio de que dichos actos tengan la debida autenticidad y vigor sin el requisito de la publicación» (El subrayado, resaltado y las cursivas que aparecen en la transcripción, han sido incluidas por el autor del presente estudio).

Lo primero que cabe destacar frente al tenor literal de este par de preceptos, y sobre todo frente al segundo de ellos (art.9), es la referencia que se hace a la **publicación de las Resoluciones y otros actos** del Poder Ejecutivo que **por mandato legal** tengan establecida la exigencia de cumplir con esta específica formalidad, lo cual -como ya hemos visto- resulta indiscutible en el caso de las **resoluciones de carácter general (normativas)** dictada por la Administración Central y Descentralizada, por mandato expreso del artículo 72 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en concordancia con lo establecido por los artículos 7 y 14 *eiusdem*.

²⁸ Publicada en la Gaceta Oficial N° 20.546, del 22 de julio de 1941.

Ahora bien, nótese que a diferencia de lo que sucede en el texto del artículo 8, destinado a regular lo concerniente a la publicación de los **Reglamentos**, la parte *in fine* del artículo 9 deja a salvo expresamente la **autenticidad y vigor** de «**dichos actos**», aún sin que se haya cumplido con la exigencia formal de la **publicación**, lo cual nos lleva a formular algunas precisiones dirigidas a aclarar el verdadero **alcance** de esa declaración final, específicamente de cara a las Resoluciones de contenido normativo, partiendo a tal efecto de la formulación de algunas interrogantes:

- ¿Qué es lo que debe entenderse comprendido dentro de la expresión «**dichos actos**», contenida en la frase final del dispositivo?; ¿Quedan acaso incluidos los **Decretos** y las **resoluciones**, o sólo se trata de una referencia directa a la **expresión residual** similar que emplea al artículo en su primera parte, cuando alude con carácter general a «**otros actos** del Poder Ejecutivo»?;
- ¿Cuál es el significado que debe atribuirse a la expresión «**vigor**» que se emplea en la parte *in fine* del dispositivo?; ¿Se alude con ello a **vigencia** o una mera existencia sin **eficacia** (*efectos*)?; ¿Es que acaso cabe sostener realmente que una norma dictada por la Administración, como parte del Poder Ejecutivo, cuenta con «**vigor**» aunque no haya sido dada a conocer a todos mediante su publicación en el mecanismo de divulgación oficial instituido con tal fin?

Pues bien, reponder lo concerniente al objeto material de la expresión «**dichos actos**», contenida en la parte final del artículo 9, implica tener en cuenta lo siguiente:

- De la interpretación concordada de los artículos 7, 11, 16 y 72 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, así como del propio tenor literal de este último precepto, se aprecia claramente que si bien **todos** los actos de **carácter general** (*contenido normativo*), al igual que **todos** los que «... interesen a un número indeterminado de personas ...» (Vgr. los de *contenido normativo*), **sin distinción**, «**deben**» publicarse en la Gaceta Oficial o en el mecanismo de divulgación oficial que corresponda a la autoridad de la cual emana un acto de esta naturaleza, no sucede lo mismo con los actos de **carácter particular**, cuya publicación en tales mecanismos queda sujeta a lo que, en definitiva, establezca al respecto la ley en ejecución de la cual hayan sido dictados tales actos.
- No son escasos en nuestro ordenamiento los textos legales en cuyas disposiciones se establece la obligatoriedad de **publicar** en la Gaceta Oficial



determinados actos de carácter particular o de efectos particulares, dictados en ejecución directa e inmediata de los preceptos establecidos en esos mismos textos; y si bien muchos de ellos, pese a su carácter y efectos (*particulares*), podrían llegar a interesar a muchos sujetos, lo cierto es que aún en tales supuestos y en su mayor parte, estos actos carecen por completo de contenido normativo²⁹.

En cuanto a la respuesta que deba darse sobre el correcto significado que debe atribuirse la expresión «vigor» contenida en la parte final de esa misma disposición, se impone operar necesariamente en el contexto del mecanismo presuntivo que, con carácter general, establece al respecto nuestro Código Civil (arts. 1° y 2°).

En efecto, ya hemos dicho que excluir del ámbito de aplicación del citado mecanismo presuntivo a todas aquellas manifestaciones de voluntad de contenido normativo que emita la Administración, implicaría simplemente dar cabida a la posibilidad de invocar el desconocimiento del contenido de un precepto de este tipo para quedar eximido de su observancia y, en consecuencia, de la imposición de una sanción ante su eventual infracción.

Dicho de otro modo, el hecho formal de la publicación es lo que determina la asunción definitiva e irrefutable del conocimiento de la norma por todos los sujetos a los cuales ésta deba aplicarse, aún cuando la realidad acredite, como en efecto lo hace en la mayor parte de los casos, que no todo sujeto de Derecho conoce efectivamente el contenido de todos los textos normativos que se publican

²⁹ En tal sentido y sin ningún ánimo de axustividad, cabe citar el artículo 63 del Decreto-Ley N° 369, dictado por el Presidente de la República el 14 de septiembre de 1999 (G.O. N° 36.850, del 14/12/99), mediante el cual fue sancionada la Ley Orgánica de reforma parcial de la Ley Orgánica de la Administración Central, en la medida en que se ordena publicar en Gaceta Oficial la decisión en la cual se haya delegado una específica competencia. No se desconoce que, en este caso, podría considerarse que se trata de un acto que, obviamente, interesa a un número indeterminado de personas, en los términos del artículo 72 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Incluso, no faltará quien sostenga que, en este caso, la delegación constituye una modificación del régimen jurídico general previsto a nivel legal para la asignación de competencias a los diferentes órganos del Poder Público, y a partir de allí atribuir contenido normativo a un acto de este tipo. Pero aún admitiendo estos señalamientos, existen otros ejemplos de actos de carácter (efectos) particulares cuya publicación en Gaceta Oficial se encuentra legalmente ordenada y en los que no cabe formular argumentos similares a los que se han indicado frente a la delegación. Piénsese, por ejemplo, en el caso de los contratos de concesión, cuya publicación en gaceta Oficial viene ordenada expresamente por el artículo 28 del Decreto-Ley N° 318, dictado por el Presidente de la República el 17 de septiembre de 1999 (G.O. N° 5.394, Extraordinario, del 25/10/99), mediante se dictó la nueva Ley sobre Promoción de la Inversión Privada bajo Régimen de Concesiones.

en mecanismos de divulgación oficial legalmente instituidos con tal fin; ni siquiera aquellos que, por su profesión u oficio, están más llamados y hasta obligados a conocer y seguir todo cuanto aparece publicado en estos medios.

De esta forma, la regulación del tema a nivel del Derecho positivo simplemente refleja una solución lógica y cónsona con la más elemental exigencia derivada del principio general de seguridad jurídica que rige la vida en sociedad: se requiere contar inevitablemente con un mecanismo formal sobre cuya puesta en marcha no quepa la menor posibilidad de duda, a fin de arribar sin posibilidad de desconocimiento o de rechazo de ningún tipo, al conocimiento por todos -sin excepción- de la imposición de límites al ejercicio del derecho fundamental y principio general de libertad, siendo justamente la publicación oficial el mecanismo formal ideado con tal fin.

Así, queda descartado que al menos por lo que respecta a los actos de contenido normativo, la expresión «vigor» contenida en la parte final del artículo 9 que se comenta pueda ser entendida como equivalente a *plena vigencia y exigibilidad*, ante la imposibilidad de exigir efectivamente el cumplimiento de una norma si no se opera sobre la base de su conocimiento previo por parte de los obligados a cumplirla, a través del mecanismo presuntivo previsto a tal efecto por la mayor parte de los ordenamientos en el Derecho comparado y en el propio ordenamiento venezolano, según se ha visto: la publicación en el correspondiente instrumento de divulgación oficial legalmente instituido con tal fin.

Y ante la eventual consideración de esta expresión como equivalente a mera eficacia, entendiendo así que la publicación constituye una mera formalidad de la cual se hace depender la *producción de efectos* del acto normativo, en términos similares a lo que sucede con la simple notificación de los actos de carácter o efectos particulares, simplemente cabe señalar que de nada serviría hablar de la simple existencia (*vigor*) de un precepto privado de toda posibilidad de invocación o de aplicación directa y efectiva a un caso concreto.

Luego, no cabe duda que esa precisión formulada en la parte final del artículo 9 de la Ley de Publicaciones Oficiales, en la cual se deja a salvo expresamente la autenticidad y vigor de «dichos actos», aún sin que se haya cumplido con la exigencia formal de la publicación, debe entenderse referida únicamente a las manifestaciones de voluntad de la Administración que, carentes de todo contenido normativo hacia el exterior el propio seno de la organización, y contando con carácter o efectos particulares, deben ser publicadas por expresa disposición del texto legal en cuya ejecución han sido dictadas.



4.- CONCLUSIÓN:

De esta forma, la interpretación concordada de los preceptos citados a lo largo del presente comentario; concretamente los artículos 215 de la Constitución; 1 y 2 del Código Civil; 7, 11, 16 y 72 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; y 9 de la Ley de Publicaciones Oficiales, entre otros, vista a la luz de las consideraciones expuestas en las secciones anteriores frente a cada uno de tales preceptos, conducen a concluir lo siguiente:

- ✓ Atendiendo a la necesidad indispensable de conocer y dar por conocido con absoluta certeza y con carácter irrefutable cuál o cuáles son los límites impuestos por el Poder Público al ejercicio de la libertad en cualquiera de sus manifestaciones, la **publicación** ha sido instituida por el ordenamiento como el requisito formal ante cuyo cumplimiento resulta admisible asumir el conocimiento general de las normas por parte de toda la colectividad, configurándose así en una formalidad atinente a la propia **existencia** más que a la simple **eficacia** de los actos normativos.
- ✓ Este carácter de la publicación como requisito específico, no sólo es predicable frente a la **ley formal**, sino también y muy especialmente frente a **todo** la actividad cumplida por la Administración en ejercicio de la **potestad normativa** que le haya sido atribuida mediante normas con rango de ley formal³⁰, en las que satisfaciendo las más elementales exigencias en cuanto al **contenido material mínimo** que debe contemplarse a nivel legal, se confiera a la Administración competencia expresa para regular, mediante auténticas **normas**, cualquier aspecto de una determinada actividad o materia.
- ✓ Todo lo anterior resulta plenamente extensible a la actividad normativa o de regulación que la Administración lleva a cabo en ciertos sectores fuertemente reglamentados o regulados, cuya configuración o categorización jurídica a través de figuras como la de las llamadas **relaciones de sujeción especial** o los denominados **ordenamientos jurídicos sectoriales**, en modo alguno justifica o explica eximir a la Administración del cumplimiento de una formalidad esencial a la existencia de la norma misma, mucho menos a través de la utilización de mecanismos como la **circular**, la **directiva** o las simples y generales **medidas** como mecanismos propios de un poder de **dirección** que en modo alguno cabe confundir o mezclar con el ejercicio de la potestad normativa.

³⁰ Queda a salvo, como se ha dicho, lo atinente a las verdaderas normas internas, en los términos descritos en la nota 27 de este comentario.

- ✓ Aunque se comprenden las válidas razones comúnmente invocadas para justificar la indispensable *celeridad* con que se impone operar en la regulación de las materias propias de estos sectores, ello no implica necesariamente un sacrificio ciego de las formas inherentes a la impremitible satisfacción de las más elementales exigencias de la *seguridad jurídica*, sobre todo cuando se trata de establecimiento de reglas de comportamiento impuestas con carácter abstracto y general, cuya adopción, e incluso sus posteriores modificaciones, podrían quedar libradas a cambios desconocidos, arbitrarios e intempestivos, a no ser por la adopción de un mecanismo formal específico cuya utilización implica, para todos los operadores -incluyendo las propias autoridades-, el conocimiento cierto e irrefutable de la ordenación establecida.
- ✓ Finalmente, advertir que no necesariamente cabe reconducir todo a su publicación en un medio de impresión física como la Gaceta Oficial, pues queda abierta la puerta para que, siempre mediante disposición expresa con rango de *ley formal*, en la cual se establezcan uniformemente las seguridades, formas y garantías en resguardo de la debida *seguridad jurídica*, puedan instituirse mecanismos de divulgación oficial sectoriales que a través del uso de la técnica (*páginas web, correos electrónicos, etc.*), permitan una armoniosa y acompasada satisfacción de las exigencias impuestas por la *eficiencia* y por la *seguridad* de quienes operan en dichos sectores.

Es en estos términos como -estimo- debe ser concebido el tema con carácter general, dejando para una posterior ampliación del presente comentario la formulación de las mayores precisiones que, seguramente, cabe hacer al respecto.

FORMAS Y FORMALIDADES DE LOS ACTOS
ADMINISTRATIVOS DE LOS ÓRGANOS DE LA
INTEGRACIÓN ANDINA

FORMAS Y FORMALIDADES DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LOS ÓRGANOS DE LA INTEGRACIÓN ANDINA

*Jorge Castro Bernieri,
Profesor de Derecho Administrativo y de Derecho de la
Integración en la Universidad Central de Venezuela.*

I. INTRODUCCIÓN.

Desde un punto de vista jurídico, la integración puede ser vista como la atribución de competencias por parte de un grupo de Estados nacionales, a un poder de nivel comunitario. Así lo refleja la experiencia y la doctrina de la participación de Venezuela en el proceso andino de integración, así como la evolución comparada de la Comunidad Europea, y lo ha recogido expresamente el artículo 153 de la Constitución venezolana de 1999. Vista así, la integración es un proceso de reasignación vertical de competencias, desde el nivel nacional, hacia un nivel territorial superior conformado por una comunidad de países.

En este sentido, la integración andina es, para nuestro país, un proceso de importancia equivalente al de la descentralización, pero que opera en dirección inversa. En la descentralización, ciertas competencias, antes ejercidas a nivel nacional, se reasignan hacia entes territoriales más limitados, en el entendido de que tales competencias pueden ser ejercidas de manera más efectiva en la medida en que las autoridades estén más cerca del ciudadano. Por el contrario, a través de la integración, los países se ponen de acuerdo para atribuir el ejercicio de ciertas competencias al nivel comunitario, con la convicción de que se trata de asuntos en los cuales existen ventajas de aumentar escalas o de agrupar esfuerzos.

En la medida en que la integración implica asignación del ejercicio de competencias a niveles supranacionales, significa también la atribución de potestades a órganos comunitarios. Así, la Secretaría General -que es el órgano administrativo de la Comunidad Andina- tiene, entre otras tantas, competencias para vigilar el cumplimiento de los compromisos por parte de los países miembros, para autorizar la imposición de medidas de salvaguardia en el comercio

intracomunitario, para investigar y autorizar la imposición de medidas antidumping y compensatorias en el comercio intracomunitario o frente a terceros, así como el establecimiento de salvaguardias comunitarias frente a terceros, para establecer requisitos específicos de origen y resolver dudas sobre origen en el comercio intracomunitario, para autorizar suspensiones del arancel externo común, para registrar medidas fitosanitarias y para calificar si una medida aplicada unilateralmente por un país miembro constituye un gravamen o restricción al comercio intracomunitario.

Frente a la concesión de tales potestades, la aplicación de las reglas del derecho administrativo a la actuación de la Secretaría General de la Comunidad Andina, y particularmente la exigencia de que este órgano cumpla con las formalidades usualmente exigidas en la actividad administrativa, representa una garantía para los demás órganos de la Comunidad, para los países miembros, y para los mismos particulares que se pueden ver afectados en casos concretos por las determinaciones de la Secretaría General.

Resulta ilustrativo al respecto, considerar que cuando en marzo de 1996 los países miembros del Acuerdo de Cartagena resolvieron cambiar la denominación del grupo en “Comunidad Andina” y establecer una Secretaría General, en el mismo documento (la llamada “Acta de Trujillo”) dispusieron que el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores debía aprobar un reglamento de procedimientos administrativos para la Secretaría General.

Dicho Reglamento de Procedimientos Administrativos fue aprobado en diciembre de 1997, a través de la Decisión 425 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, y codifica y desarrolla los principios básicos de la actividad administrativa que contienen los ordenamientos jurídicos nacionales de los países miembros de la Comunidad Andina, y que habían venido siendo aplicados por la jurisprudencia del Tribunal Andino en casos específicos.

Mientras a lo largo de la última década, y particularmente entre 1989 y 1998, se incrementó la intensidad en la relación económica entre los países miembros de la Comunidad Andina, en la misma medida aumentaron las demandas de los países miembros y de los particulares sobre los órganos de la integración. Esto ha producido un aumento exponencial del número de temas asignados a la competencia del nivel comunitario, del número de normas adoptadas por los órganos de la Comunidad, así como un incremento en la formalización del actuar administrativo de los órganos de la integración.



II. LA INTEGRACIÓN REGIONAL EN CONTEXTO.

La integración regional no es un invento nuevo¹. En siglos pasados, fue frecuente el establecimiento de uniones aduaneras entre provincias o regiones independientes, las cuales en algunos casos llevaron incluso a la formación de estados nacionales como, por ejemplo, Alemania, Francia o Italia. Sin embargo, la integración económica regional se ha puesto de moda en años recientes. Durante los últimos 50 años, el GATT y su organización sucesora la OMC (Organización Mundial del Comercio), han recibido la notificación de 153 acuerdos de integración regional, de los cuales casi la mitad ha tenido lugar a partir de 1990². En los actuales momentos, todos los miembros de la OMC forman parte de al menos un acuerdo regional de integración. Esto incluye hasta países que, como Estados Unidos, eran duros críticos de la integración regional. Así pues, los acuerdos regionales de integración económica son ahora más numerosos y más exitosos que antes.

Desde el punto de vista económico, los acuerdos de integración tienen por objeto eliminar o disminuir la importancia que las fronteras tienen como barrera al intercambio. A pesar de que prácticamente cada acuerdo de integración tiene sus particularidades, la doctrina suele distinguir entre al menos cinco tipos, en orden de profundidad de los compromisos asumidos. Estos son las preferencias comerciales, las zonas de libre comercio, las uniones aduaneras, los mercados comunes y las uniones económicas. Mediante los acuerdos de preferencias, los países se conceden ventajas recíprocas al comercio, que no implican la liberación total de los aranceles sobre las mercancías. Las zonas de libre comercio establecen un espacio económico ampliado entre los países participantes, de manera que las mercancías pueden circular libremente entre éstos, sin pagar aranceles. Estos acuerdos generalmente no resultan en la desgravación inmediata de todo el comercio sino que contienen lo que se denomina un “programa de liberación”, que es un cronograma que establece la eliminación gradual de aranceles por listas de productos. Algunos acuerdos de

¹ En la presente sección usamos el término “integración” en un sentido lato, como aquel proceso mediante el cual se elimina o disminuye la importancia que las fronteras tienen como barrera al intercambio económico. Sin embargo, como indicaremos más adelante, el término “integración” tiene una connotación distinta en el ámbito jurídico, caracterizada fundamentalmente por la existencia de un ordenamiento supranacional. Así pues, desde el punto de vista estricto, no todo tratado de liberación comercial constituye un acuerdo de integración.

² “A survey of world trade” (Un Informe sobre el comercio mundial), *The Economist*, 3 de octubre de 1998.

FORMAS Y FORMALIDADES DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LOS
ORGANOS DE LA INTEGRACIÓN ANDINA

libre comercio además excluyen ciertos sectores de la liberación, como por ejemplo el sector agrícola o el textil. Las uniones aduaneras implican la existencia simultánea de una zona de libre comercio entre las partes, y de un arancel externo común frente a las mercancías de terceros. Los mercados comunes consisten en el establecimiento de un espacio económico entre los países participantes en el cual circulan libremente los cuatro factores de producción (mercancías, servicios, personas y capitales). Finalmente las uniones económicas suelen agregar al mercado común, la coordinación de políticas entre los países participantes.

Venezuela participa en diversos acuerdos regionales de integración. Mediante algunos de estos acuerdos, Venezuela concede y recibe preferencias comerciales de países bajo esquemas como el de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). Al mismo tiempo, Venezuela ha firmado tratados ambiciosos de libre comercio, como el acuerdo con Chile y el G-3 suscrito con Colombia y México.

No obstante todo lo anterior, sin duda alguna la Comunidad Andina es el esquema más ambicioso de integración regional en que participa Venezuela. Desde un punto de vista cuantitativo, la integración regional en el marco de la Comunidad Andina ha avanzado a un ritmo sin par, cuando la comparamos con los otros acuerdos de integración económica suscritos por Venezuela (e incluso cuando la comparamos *Jorge Castro-Bernieri* 4 con otros acuerdos a nivel mundial). Pero existe además una diferencia cualitativa entre el esquema de integración regional suscrito en el marco del Acuerdo de Cartagena, que busca establecer una “comunidad de naciones” y otros tratados que fundamentalmente persiguen el objetivo de facilitar el intercambio económico entre los países firmantes.

Cuadro 1
Aumento de las exportaciones intracomunitarias andinas
(en millones de dólares)

1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
1.330	1.818	2.228	2.868	3.428	4.718	4.662	5.628	5.333	N.D.

Fuente: Cifras de la Secretaría General de la Comunidad Andina.



III. BASES JURÍDICAS DEL PROCESO ANDINO DE INTEGRACIÓN

La integración como proceso de redistribución vertical de competencias. Desde un punto de vista jurídico, la integración pudiera ser vista como la atribución de competencias por parte de un grupo de Estados nacionales, a un poder de nivel comunitario. Así lo refleja la experiencia y la doctrina de nuestra participación en el proceso andino de integración, así como la evolución comparada de la Comunidad Europea, y así lo ha recogido expresamente el artículo 153 de la Constitución venezolana de 1999, el cual dispone que:

“La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones... La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que aseguren el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración...”

Vista así, la integración es un proceso de reasignación vertical de competencias, desde el nivel nacional, hacia un nivel territorial superior conformado por una comunidad de países. En este sentido, puede sostenerse que la integración andina es para nuestro país, un proceso de importancia equivalente al de la descentralización, pero que opera en dirección inversa. En la descentralización, ciertas competencias antes ejercidas a nivel nacional se reasignan hacia entes territoriales más limitados, en el entendido de que tales competencias pueden ser ejercidas de manera más efectiva en la medida en que las autoridades estén más cerca del ciudadano. Por el contrario, a través de la integración, los países se ponen de acuerdo para atribuir el ejercicio de ciertas competencias al nivel comunitario, con la convicción de que se trata de asuntos en los cuales existen ventajas de aumentar escalas o de agrupar esfuerzos.

Un ejemplo puede ilustrar esto último. Desde hace años, los países andinos han considerado que las regulaciones a la inversión extranjera y a la propiedad intelectual pueden establecerse mejor a nivel comunitario, que a nivel individual en cada uno de los países. Para llegar a esta determinación, los países han tenido en cuenta factores tales como los intereses comunes en el papel que la

inversión extranjera y la protección de los derechos de propiedad intelectual pueden jugar en el desarrollo de cada uno de los países andinos, así como la sensibilidad de estos temas en las negociaciones con países desarrollados y con empresas multinacionales, que aconseja negociar en bloque, antes que hacerlo en forma individual. Los países andinos han percibido que las posibilidades de atender adecuadamente sus propios intereses en estas materias eran mayores en la medida en que los gobiernos de la subregión contaran con un régimen común y pudieran negociar como un bloque cohesionado.

No extraña entonces que en materia de propiedad industrial y derechos de autor existan Decisiones andinas -las Decisiones 344, 345 y 351 de 1993- que son las “leyes comunitarias” en estas materias. Atribuida esta competencia al nivel comunitario, las normas nacionales sólo pueden cumplir la función de ayudar a implementar las Decisiones andinas y reglamentarlas para facilitar su aplicación.

Las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina se suelen clasificar en dos niveles. Un primer nivel, denominado el “derecho originario o primario”, está conformado por los diversos tratados internacionales suscritos por los países miembros y representa la base constitucional de la integración comunitaria.

Las normas de Derecho Comunitario primario están contenidas en tratados internacionales. Estos tratados se suscriben, se modifican, entran en vigencia y se extinguen, conforme a las prescripciones del Derecho Internacional Público y del Derecho Constitucional de cada uno de los países que sea parte del acuerdo. Por esa razón, tanto estos tratados internacionales, como sus respectivos protocolos modificatorios, han sido aprobados por los países y ratificados, de acuerdo con los procedimientos que cada una de las constituciones nacionales tiene al respecto. En el caso de Venezuela, para la aprobación y ratificación de estos tratados entre los cuales destacan el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, así como sus Protocolos Modificatorios e Instrumentos adicionales se siguió el procedimiento previsto en el artículo 128 de la Constitución de 1961 (equivalente al artículo 154 de la Constitución de 1999).

Las normas de estos tratados crean la Comunidad Andina, y definen el ámbito de actuación de esta Comunidad y de los órganos e instituciones que conforman el sistema andino de integración. En tal sentido, la Comunidad Andina y los



órganos de la integración sólo pueden actuar dentro de las áreas específicas que los propios países les acuerden.

El segundo nivel de normas está constituido por el llamado “derecho secundario” o “derecho derivado” de la integración, conformado por las normas emanadas directamente, no de los países miembros, sino de los órganos del sistema, y particularmente del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina y de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

Las normas de derecho derivado no son tratados ni convenios internacionales, sino actos dictados por órganos comunitarios creados a su vez por un acuerdo internacional, por lo que como veremos las mismas son aplicables en forma directa e inmediata, sin que les sea aplicable el procedimiento de incorporación en el artículo 154 de la Constitución de 1999. Así lo reconoce el artículo 153 de la misma Constitución de 1999, cuando dispone que:

“...Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna.”

Efectivamente, las normas del derecho derivado desarrollan las competencias y materias previstas en los tratados y administran el dinámico proceso de integración, por lo que someterlas a aprobación legislativa haría nugatoria la atribución de competencias a los órganos comunitarios y en la práctica significaría paralizar el proceso.

Principios del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Al tratarse de un sistema comunitario de integración, el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina se rige por principios de aplicabilidad inmediata, efectos directos y primacía, recogidos en el artículo 153 de la Constitución de 1999. Además, los países miembros asumen un compromiso de garantizar la seguridad jurídica para las personas y empresas, integrando al Derecho comunitario en sus propios ordenamientos nacionales, y realizando los cambios que sean necesarios a su Derecho local. En función de lo previsto en los textos constitucionales de la integración, los países miembros asumen una doble responsabilidad en el cumplimiento de las normas del ordenamiento comunitario, una ante los demás países andinos y ante los órganos del sistema, y simultáneamente otra ante las personas y empresas que operan en la subregión.

Las normas de derecho comunitario derivado son inmediatamente aplicables en el ordenamiento jurídico interno de cada uno de los países miembros de la Comunidad. Lo anterior implica que tales normas no requieren de actos especiales de incorporación al derecho interno de los países, y que los jueces nacionales están en la obligación de aplicar estas normas de derecho comunitario. En este respecto, el derecho comunitario se diferencia del derecho internacional, el cual generalmente no impone a los países las condiciones en las cuales se deben incorporar las normas de los tratados al ordenamiento jurídico interno de cada nación. Tanto las Decisiones, como las Resoluciones de la Secretaría General, son directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

Sobre este particular, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena ha indicado, que:

“La sola suposición de que las Decisiones de la Comisión o las Resoluciones de la Junta, tuvieran que pasar por el tamiz legislativo de cada uno de los Países Miembros, antes de su aplicación interna, habría conducido a negar la existencia de un derecho comunitario andino...

Este principio ha sido recogido también por los Presidentes Andinos al reiterar “la aplicación directa de las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, según se establece en el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, e instruir a las autoridades nacionales para que las apliquen sin restricciones y promuevan su difusión”. (Consejo Presidencial Andino. Acta de Caracas, mayo 18 de 1991)”³.

Una vez entradas en vigencia, las normas comunitarias -tanto del derecho primario, como del derivado-, pueden crear derechos y obligaciones, no sólo en relación con los países miembros, sino también directamente para los particulares. De nuevo en palabras del Tribunal Andino de Justicia:

“Mientras que el principio de la aplicación directa se refiere a la norma como tal, el del efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, del 24 de marzo de 1997, en el proceso 3-AI-96, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 261 del 29 de abril de 1997.



aplicación de la norma comunitaria. En otras palabras que sus efectos “generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales”, permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales”⁴.

El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena consagra además el principio de la supremacía de las normas comunitarias. El artículo 4 del Tratado (codificado en la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina de septiembre de 1999) señala que:

“Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.”

El principio de supremacía significa en la práctica que las normas comunitarias deben ser aplicadas desde que entran en vigencia. En el caso de que, para ese momento exista una norma nacional incompatible con la norma comunitaria, la primera se hace inaplicable durante todo el período en que la norma comunitaria siga vigente. Las normas comunitarias no derogan a las leyes nacionales, sino tan sólo hacen que sean inaplicables las que les resulten contrarias.

“En caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente...”

No se trata propiamente de que la norma comunitaria posterior derogue a la norma nacional preexistente, al igual de lo que ocurre en el plano del derecho interno, puesto que son dos ordenamientos jurídicos distintos, autónomos y separados, que adoptan dentro de sus propias competencias formas peculiares de crear y extinguir el derecho...”⁵.

⁴ *Idem.*

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, del 25 de mayo de 1988, en el proceso 2-IP-88, publicada en *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Vol. I (Buenos Aires: Banco Interamericano de Desarrollo y Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1994), pp. 141-42.

El Tribunal Andino de Justicia se ha referido en múltiples oportunidades al tema de la supremacía del derecho comunitario:

“Este Tribunal Comunitario ha reiterado el principio de la preeminencia en varias providencias, entre ellas la Sentencia de 3 de diciembre de 1987 en la cual precisó que: ‘...el ordenamiento jurídico de la Integración Andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista. Así lo reconoció la Comisión del Acuerdo de Cartagena integrada por los Plenipotenciarios de los Países Miembros, en el pronunciamiento aprobado durante su vigésimo noveno período de sesiones ordinarias (Lima, 29 de mayo - 5 de junio de 1980).’ Dicho principio ha sido ratificado en sentencias posteriores... al considerar que para la existencia del derecho de la integración es indispensable el reconocimiento del principio de supremacía o prevalencia sobre el derecho interno de los países miembros; la misma sentencia define el tránsito de la competencia reguladora nacional hacia la comunitaria en los asuntos cuya decisión corresponde a esta última, como el desplazamiento automático de competencias, que pasan del legislador nacional al comunitario. Describe el fenómeno como aquel en que la comunidad organizada invade u ocupa el terreno legislativo nacional, por razón de la materia, desplazando de este modo al derecho interno. El legislador nacional queda así inhabilitado para modificar, sustituir o derogar el Derecho Comunitario vigente en su territorio, así sea con el pretexto de reproducirlo o de reglamentarlo”⁶.

Los principios de supremacía de las normas comunitarias, su aplicabilidad inmediata y sus efectos directos son elementos necesarios para garantizar la equidad en los compromisos que se derivan del sistema. Sería contrario a tal equidad, por ejemplo, que en un país las normas fueran aplicadas de forma inmediata, mientras que en otro requirieran pasar por un proceso de incorporación a su ordenamiento jurídico nacional. De igual manera, los efectos directos de las normas comunitarias permiten que los particulares y las

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, del 24 de marzo de 1997, en el proceso 3-AI-96, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 261 del 29 de abril de 1997.



empresas que operan dentro de la subregión puedan beneficiarse directamente de los compromisos comunitarios y puedan exigir su cumplimiento por parte de sus propios gobiernos, incluso, si fuera necesario, acudiendo a sus tribunales nacionales.

No basta sin embargo con la aplicación de los principios anteriores. Los países miembros de la Comunidad Andina deben garantizar la seguridad jurídica, integrando el derecho comunitario dentro de sus propios ordenamientos nacionales. Lo anterior se corresponde con el mandato del artículo 4 del Tratado del Tribunal, citado anteriormente, según el cual los Países Miembros están obligados a “adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”. El pleno cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico comunitario, y la plena vigencia de los derechos y obligaciones que el mismo consagra, dependen de la certeza que todos los agentes tengan - incluyendo a los poderes públicos y a los particulares y empresas-, respecto de cuáles son las normas aplicables a las situaciones jurídicas.

Todo lo anterior se complementa con la doble responsabilidad que las normas comunitarias generan para los países. Por un lado, responsabilidad frente a los otros países miembros y frente a los órganos comunitarios. En casos de posible incumplimiento de normas del ordenamiento jurídico andino, la Secretaría General de oficio o a solicitud de cualquier país miembro, debe estudiar el caso y emitir un dictamen motivado. Si el problema no se soluciona de esta manera, la Secretaría General o el propio país miembro denunciante pueden solicitar la intervención del Tribunal Andino de Justicia, quien emite un pronunciamiento definitivo. En el caso de que el país miembro infractor no pusiera fin al incumplimiento, el Tribunal Andino podrá autorizar a los demás países miembros a restringirle o suspenderle, total o parcialmente, ciertas ventajas o beneficios del Acuerdo de Cartagena.

Pero además, las normas comunitarias generan para los países miembros una responsabilidad interna frente a sus propios ciudadanos y empresas. En casos de incumplimiento de normas del ordenamiento jurídico comunitario, el particular o empresa afectado puede acudir ante los tribunales nacionales competentes con el fin de reclamar del Estado infractor, la reparación de los daños o perjuicios que se generen por tal incumplimiento.

IV. LA ASIGNACIÓN DE POTESTADES A LOS ÓRGANOS COMUNITARIOS.

En la medida en que la integración implica asignación del ejercicio de competencias a niveles supranacionales, significa también la atribución de potestades a órganos comunitarios. Mientras se ha intensificado el intercambio económico entre los países miembros de la Comunidad Andina, los gobiernos han ido atribuyendo nuevas áreas de competencia a los órganos comunitarios.

Al respecto, es historia conocida que, luego de un relativo éxito inicial, la integración andina se vio suspendida en sus avances durante la década de los ochenta. Pero, así como “los años ochenta fueron para la integración andina los años del estancamiento y del retroceso”,⁷ los últimos diez años (particularmente el período 1989-1998) han sido seguramente una década dorada.

Durante estos últimos diez años se produjo un vertiginoso desarrollo de la integración subregional andina que puede resumirse en los siguientes cuatro aspectos. Primero, se consolidó la integración en materia de comercio de mercancías y se sentaron las bases para la construcción de un mercado común. Segundo, lo anterior fue hecho en el marco de un esquema de regionalismo abierto y no de espaldas a las realidades internacionales. Tercero, las instituciones andinas fueron renovadas para poder enfrentar los nuevos retos de la integración. Cuarto, se desarrolló un sistema transparente y legalista que facilita que todos los países y ciudadanos de la Comunidad disfruten de las ventajas de la integración en forma equitativa.

Una de las áreas en las cuales se ha alcanzado un mayor progreso en la integración subregional andina, es precisamente en la liberación del comercio de las mercancías. En sus primeros artículos, el Acuerdo de Cartagena se plantea como uno de sus objetivos lograr un avanzado programa de liberación del intercambio comercial. El programa de liberación consiste en la eliminación de las barreras arancelarias al comercio intracomunitario, así como en la remoción de todas las barreras no arancelarias (gravámenes o restricciones).

Gracias a estos acuerdos, las exportaciones intracomunitarias aumentaron exponencialmente, pasando de 1.330 millones de dólares en 1990 a 5.333 en 1998, un aumento de más del 400 por ciento. Visto de otra manera, el comercio

⁷ Secretaría General de la Comunidad Andina, *28 años de integración andina* (Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina, 1997), p. 30.



intracomunitario andino creció entre 1990 y 1996 a una tasa superior al 29 por ciento cada año, lo cual convirtió a la Comunidad Andina en uno de los esquemas de integración económica más dinámicos a nivel mundial.

Lo anterior se complementa con el compromiso que los países andinos asumieron en mayo de 1999, de lograr un mercado común subregional, a más tardar para el año 2005. Efectivamente, durante el XI Consejo Presidencial Andino efectuado en Cartagena, Colombia, los mandatarios señalaron que se fijaban,

“...como propósito el establecimiento del Mercado Común Andino a más tardar en el año 2005, creando las condiciones para que, a la libre circulación de bienes se añada la libre movilidad de servicios, de capitales y de personas en la subregión.”

A la par que el intercambio económico se ha profundizado en los últimos años, y particularmente desde 1992, año en que entró en funcionamiento la zona de libre comercio, el sistema normativo andino se ha desarrollado exponencialmente. Los órganos han emitido más normas y esas normas son cada vez más complejas, como reflejo de las necesidades generadas por un intenso intercambio económico.

Cuadro 2
Aumento en el número de normas andinas

	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
No. de Decs. y Resolucs.	47	36	36	34	47	64	136	154	181
No. de Gacetas Oficiales	21	26	20	25	28	43	75	84	121
No. de páginas en la G.O.		159	163	576	784	1.209	1.486	1.328	N.D.

Fuente: cálculos propios

V. EL SOMETIMIENTO A LA LEGALIDAD DE LOS ÓRGANOS COMUNITARIOS.

Como indicábamos, la asignación del ejercicio de estas competencias cada vez más numerosas a los niveles supranacionales, significa también la atribución de potestades a los órganos comunitarios. Así, la Secretaría General -que es el órgano administrativo de la Comunidad Andina- tiene, entre otras tantas, competencias para vigilar el cumplimiento de los compromisos por parte de los países miembros, para autorizar la imposición de medidas de salvaguardia en el

comercio intracomunitario, para investigar y autorizar la imposición de medidas antidumping y compensatorias en el comercio intracomunitario o frente a terceros, así como el establecimiento de salvaguardias comunitarias frente a terceros, para establecer requisitos específicos de origen y resolver dudas sobre origen en el comercio intracomunitario, para autorizar suspensiones del arancel externo común, para registrar medidas fitosanitarias y para calificar si una medida aplicada unilateralmente por un país miembro constituye un gravamen o restricción al comercio intracomunitario.

Frente a la concesión de tales potestades, la aplicación de las reglas del derecho administrativo a la actuación de la Secretaría General de la Comunidad Andina, particularmente la exigencia de que este órgano cumpla con las formalidades usualmente exigidas en la actividad administrativa, representa una garantía para los demás órganos de la Comunidad, para los países miembros, y para los mismos particulares que se pueden ver afectados en casos concretos por las determinaciones de la Secretaría General.

Resulta ilustrativo al respecto, considerar que cuando en marzo de 1996 los países miembros del Acuerdo de Cartagena resolvieron cambiar la denominación del grupo en “Comunidad Andina” y establecer una Secretaría General, en el mismo documento (la llamada “Acta de Trujillo”) dispusieron que el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores debía aprobar un reglamento de procedimientos administrativos para la Secretaría General.

Dicho Reglamento de Procedimientos Administrativos fue aprobado en diciembre de 1997, a través de la Decisión 425 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, y codifica y desarrolla los principios básicos de la actividad administrativa que contienen los ordenamientos jurídicos nacionales de los países miembros de la Comunidad Andina, y especialmente los contenidos en el “Código Contencioso Administrativo” de Colombia, en la “Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos” de Perú y en la “Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos” de Venezuela. Tales principios ya habían venido siendo aplicados por la jurisprudencia del Tribunal Andino en casos específicos.

VI. FORMAS Y FORMALIDADES EN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LA SECRETARÍA GENERAL.

En concordancia con lo dispuesto en el propio Acuerdo de Cartagena, el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina establece que este órgano comunitario:



“expresará su voluntad a través de Resoluciones. Las Resoluciones de la Secretaría General serán dictadas por el Secretario General y tramitadas de acuerdo al procedimiento aplicable.”

Como se señaló anteriormente, las Resoluciones de la Secretaría General corresponden a lo que en el derecho comunitario se conoce como “Derecho secundario o derivado”, al emanar de un órgano de la Comunidad, creado por el acuerdo, por contraposición al “Derecho primario” que es el contenido en los propios acuerdos. Por tal razón, la actuación de la Secretaría General reflejada en sus Resoluciones, está siempre sometida a las normas del Derecho primario. En palabras del Tribunal Andino de Justicia:

“...del propio artículo primero del Tratado de Creación de este Tribunal... es fácil deducir una relación de subordinación entre “el derecho originario” constituido por el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales y el Tratado del Tribunal, frente al “derecho derivado” contenido en las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta [ahora Secretaría General]...”⁸.

El mismo Tribunal Andino de Justicia ha tenido ocasión de aclarar que la relación jerárquica entre las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General resulta más compleja. En aquéllos casos en los cuales la Secretaría General ejerce atribuciones que le son asignadas en forma directa y privativa por los propios acuerdos (como cuando debe calificar si una medida unilateralmente adoptada por un país miembro constituye un “gravamen” o “restricción” al comercio intracomunitario):

“...tales facultades le permiten disfrutar de un poder normativo propio que puede dar lugar a la creación de derecho secundario, de igual jerarquía que el generado por la Comisión”⁹.

Distintos resultan los casos en los cuales la Secretaría General actúa en ejecución de Decisiones de la Comisión, o con el fin de reglamentar tales Decisiones. Aquí, “...obviamente la jerarquía legal de las Resoluciones... es inferior y está supeditada a la de [las Decisiones de] la Comisión”.

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, del 26 de febrero de 1998, en el proceso 1-AN-97, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 340 del 13 de mayo de 1998.

⁹ *Ibidem.*

Como se indicó, el Reglamento de la Secretaría General dispone claramente que “...las Resoluciones de la Secretaría General serán... tramitadas de acuerdo al procedimiento aplicable.” La Secretaría General está pues sometida en su actuación a procedimientos determinados, establecidos en la normativa aplicable a cada caso. Sus actuaciones no pueden ser producidas de cualquier manera, a voluntad del propio órgano comunitario, sino que, para llegar a las mismas, se ha de seguir un procedimiento determinado¹⁰.

La Secretaría General está sometida a un procedimiento reglado, para la fijación de los supuestos de hecho que exija la norma para su actuación. Así, para poner un ejemplo, las Decisiones 283, 284, 285, 456 y 457 de la Comisión regulan los procedimientos que se deben seguir para establecer la existencia de prácticas que distorsionen la competencia en el mercado comunitario¹¹.

Los procedimientos permiten además la participación de diversos sujetos u órganos. Por ejemplo, el procedimiento para la determinación de incumplimientos de compromisos del ordenamiento comunitario exige la intervención de la Secretaría General, mediante la emisión de un dictamen técnico, como requisito previo para que el Tribunal de Justicia se pueda pronunciar. De igual modo, puede citarse como ejemplo, el caso de la intervención del Comité Técnico Andino de Sanidad Agropecuaria (COTASA) en la elaboración de las normas sanitarias subregionales aplicables al comercio de productos agropecuarios, bajo la Decisión 328 de la Comisión de la Comunidad Andina.

Finalmente, resulta importante destacar la importancia que tienen, dentro de los procedimientos que conduce la Secretaría General de la Comunidad Andina, las garantías para la participación de todas las “partes” interesadas, incluyendo a los gobiernos de los propios países miembros de la Comunidad, así como a las personas naturales o jurídicas que se puedan ver afectadas. En tal sentido, el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General establece que:

“...se considerarán interesados los Países Miembros de la Comunidad Andina, los órganos e instituciones de la Comunidad Andina y las personas naturales o jurídicas que acrediten ser titulares de un derecho subjetivo o de un interés legítimo en el asunto de que se trate”.

¹⁰ Cf. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I* (Madrid: Editorial Civitas, 1995), p. 537.

¹¹ Jorge Castro Bernieri, “La Regulación de la competencia en la Comunidad Andina” (en prensa).



El mismo Reglamento dispone que la Secretaría General garantizará que los interesados puedan acceder al expediente en cualquier estado o grado del procedimiento, examinarlo, leerlo y copiar cualquier documento contenido en éste. Igualmente la Secretaría General deberá expedir copias certificadas de las actuaciones contenidas en el expediente, cuando así lo solicite un interesado o su representante. Por otro lado, la Secretaría General deberá informar del estado de la tramitación de sus expedientes, a solicitud de cualquier interesado.

Un aspecto formal que resulta de gran importancia, es el requisito de motivación de los actos administrativos de la Secretaría General. Ya el Reglamento de la desaparecida Junta del Acuerdo de Cartagena establecía que las Resoluciones de este órgano comunitario debían contener:

“...la expresión de las disposiciones que sirven de fundamento a la Resolución, precedidas de la palabra ‘Visto’ y las causas que la motivan precedidas de la palabra ‘Considerando’...”.

El Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina contiene una disposición general equivalente, al disponer que las Resoluciones de este órgano deberán ser dictadas por escrito y contener una expresión de:

“...los fundamentos de hecho y de derecho en los cuales se basa, así como cuando corresponda, las razones que hubieren sido alegadas, la identificación del destinatario, precedidos de la palabra ‘Considerando’...”.

El mismo Reglamento de la Secretaría General reitera la importancia de la motivación como requisito formal de los actos, al referirse específicamente a dos tipos de Resoluciones: las calificaciones de que una medida adoptada unilateralmente por un país miembro constituye un gravamen o restricción al comercio y los dictámenes de que la conducta de un país miembro constituye un incumplimiento de normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. En ambos casos, la Resolución de la Secretaría General deberá contener una exposición de los motivos por los cuales la medida o situación reclamada, constituye un gravamen, restricción o incumplimiento.

Resulta importante destacar la tendencia hacia la formalización en las actuaciones del órgano administrativo comunitario, que se manifiesta en aspectos tales como el aumento en el número de Resoluciones de la Secretaría General,

FORMAS Y FORMALIDADES DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LOS
ORGANOS DE LA INTEGRACIÓN ANDINA

y de su órgano antecesor, la Junta del Acuerdo de Cartagena, como se demuestra en el cuadro que sigue.

Cuadro 3
Aumento en el número de Resoluciones

	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
No. de Resoluciones	14	17	14	15	31	54	105	134	155

Fuente: cálculos propios

La tendencia hacia la formalización se evidencia especialmente en una categoría de actos que tienen particular importancia y sensibilidad dentro del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina: los dictámenes del órgano técnico comunitario de que un país está incumpliendo una norma del ordenamiento jurídico andino. Hasta comienzos del año 1996, estos dictámenes no eran publicados en la Gaceta Oficial, sino sólo notificados a los países miembros. Esta falta de transparencia fue corregida a partir del mes de enero de 1996, cuando los dictámenes empezaron a ser publicados. Un paso adicional tuvo lugar con la entrada en funcionamiento de la Secretaría General en agosto de 1997, cuando los dictámenes de incumplimiento adoptaron la forma de Resoluciones.

“...Aceptado el criterio de que el dictamen de incumplimiento constituye una Resolución de la Junta -hecho que se ha confirmado actualmente con los Dictámenes emitidos por la Secretaría General mediante Resoluciones- este órgano no ha hecho otra cosa que darles categoría formal de Resolución acorde con su contenido y efectos legales.”¹².

El proceso anterior, además de imponer mayor transparencia a la actuación del órgano comunitario, ha reconocido la existencia de la posibilidad que tienen los países o particulares interesados de ejercer recursos administrativos y jurisdiccionales en contra de tales dictámenes. En palabras del Tribunal Andino, “...constituyendo las Resoluciones... un acto puramente administrativo –que como se dirá más adelante, goza de presunción de legalidad y de necesaria obligatoriedad- están expuestas a incurrir en causales de nulidad por vicio en

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, del 26 de febrero de 1998, en el proceso 1-AN-97, citada.



uno de sus requisitos como la causa o la motivación, y por lo tanto pueden ser objeto de impugnación ya en la propia vía o fase administrativa –reconsideración ante la Secretaría General (artículo 37 del Reglamento Procedimientos Administrativos de la Comunidad Andina, G.O. N° 314 de 18 de Diciembre de 1.997)-, como en la etapa contencioso-administrativa, o fase judicial, ante este Tribunal Andino.”¹³ .

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, del 8 de junio de 1998, en el proceso 5-AN-97, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 361 del 7 de agosto de 1998.

ANEXOS

**NOTA INFORMATIVA SOBRE LA
FUNDACION ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO
(FUNEDA)**

LA FUNDACION ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO (FUNEDA) fue creada por iniciativa de los Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo el 9 de Noviembre de 1993, y tiene por objeto **ELESTUDIO Y LA DIVULGACION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO** en todas sus manifestaciones, de manera particular el ordenamiento, clasificación, compilación y edición de la Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, la publicación, distribución y venta de tales compilaciones; la edición y venta de los libros y revistas, folletos y estudios jurídicos y demás publicaciones tanto de los Magistrados de dicha Corte como de personas ganadoras de concursos que la misma haya promovido, y en general, de todo cuanto propenda a la divulgación de las actividades y manifestaciones científico-jurídicas en el campo del Derecho Administrativo.

La Fundación está integrada por:

Miembros Fundadores:

Los otorgantes del Acta Constitutiva.

Miembros Ordinarios:

Todos los Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, el Juez Titular del Juzgado de Sustanciación de dicha Corte, y los respectivos secretarios, siempre que manifiesten por escrito a la Junta Directiva de la Fundación su voluntad de pertenecer a ella.

Miembros Consejeros:

Los ex-Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo.

Organos Directivos:

La Asamblea de Miembros, máxima autoridad de la Fundación y,
La Junta Directiva.

**ACUERDO DE LA ASAMBLEA DE LA FUNDACION
ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO
DE FECHA 27 DE MAYO DE 1994**

**LA FUNDACION ESTUDIOS DE
DERECHO ADMINISTRATIVO**

CONSIDERANDO

Que dentro de los objetivos de esta Fundación está la divulgación de las actividades y manifestaciones científico-jurídicas en el campo del Derecho Administrativo".

CONSIDERANDO

Que el Dr. ALLAN RANDOLPH BREWER-CARIAS ha contribuido significativamente a la divulgación del Derecho Administrativo tanto en Venezuela como en otros países de Europa y América.

ACUERDA

1°. Celebrar cada año, a partir de 1995, en el mes de noviembre, las Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo ALLAN RANDOLPH BREWER-CARIAS, en Caracas, con la participación de relevantes personalidades nacionales y extranjeras que se hayan destacado en este campo.

2°. Entregar una copia del siguiente Acuerdo al Dr. ALLAN RANDOLPH BREWER-CARIAS.

Dado, firmado y sellado en Caracas, a los veintisiete (27) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Belén Ramírez Landaeta
Presidente

Gustavo Urdaneta Troconis
Vice-Presidente

Jesús Caballero Ortiz
Vocal

José Agustín Catalá
Vocal

Alexis Pinto D'Ascoli
Vocal

Norka Moncada Redondo
Secretaria

