ESTUDIOS Y COMENTARIOS

El Derecho Administrativo Iberoamericano

Director:
Santiago González-Varas Ibáñez

Nº 9

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
INAP

• instituto de investigación urbana y territorial
iut uim

El Derecho Administrativo Iberoamericano

R: 133921 35/1199

El Derecho Administrativo Iberoamericano

Director del proyecto:
Santiago González-Varas Ibáñez

Coordinadora del proyecto:
Francisca Villalba Pérez

Autores:
Juan Carlos Cassagne, Diogo de Figueiredo Moreira Neto,
Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Aldo Milano S.,
Ernesto Gutiérrez Tamargo, Joffre Campaña Mora,
Santiago González-Varas Ibáñez, Allan R. Brewer-Carías,
Jorge Fernández Ruiz, Carlos Gasnell Acuña, Jorge Danós Ordóñez,
Carlos E. Delpiazzo y Alejandro Vergara Blanco

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
BIBLIOTECA

Granada (España), 2005

Col. 124222

© INAP
© UIM.
Plaza Mariana Pineda, 9 - 18009 Granada (España)
Web: http:www.uimunicipalistas.org
E-mail: biblioteca@uimunicipalistas.org

NIPO 329-05-011-3
ISBN: 84-933726-1-7
ISBN: 84-7351-236-7
Depósito Legal: GR. 1.139-2005.
Imprime: Imprenta Comercial. Motril. Granada.

Impreso en España - Printed in Spain

ÍNDICE

PRESENTACIÓN DE LA OBRA 15

EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO 23

I. Introducción 25
II. Organización administrativa 41
III. La actuación estatal regulada por el derecho administrativo 44
IV. El acto administrativo 51
V. El procedimiento administrativo 55
VI. La contratación pública 60
VII. El régimen de contrataciones de la administracion nacional 69
VIII. La responsabilidad administrativa 77
IX. El servicio publico 79
X. La actividad interventora y su incidencia sobre los derechos privados 86
XI. Las sanciones administrativas 93
XII. La expropiación por causa de utilidad pública 102
XIII. Protección ambiental 111

PANORAMA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN BRASIL (2005) 113

I. Modelo regulativo de la administración pública, base constitucional. Concepto de derecho administrativo y fuentes 115
II. La organización administrativa federal, de los estados, del distrito federal y de los municipios 116
III. El proceso y el procedimento administrativo 117
IV. El acto administrativo, su ejecución, principio de autotutela, los recursos en vía administrativa 118
V. Los contratos de la administración 119
VI. El derecho administrativo sancionador 121

VII. La discrecionalidad y otras aperturas de opciones para la decisón administrativa a partir de la ley 122
VIII. El control judicial de la administración: Contencioso-administrativo y otros modos de control de la administración, en especial los arbitrajes ... 123
IX. Otras tecnicas de control de la administración 125
X. La responsabilidad administrativa 126
XI. El servicio público y los mercados de interés general (liberalización, privatización y regulación) y su régimen de competencia .. 127
XII. La función pública 129
XIII. El urbanismo, el medio ambiente y la ordenación del territorio 130
XIV. Los bienes públicos 132

Breves palabras finales 133

Pequeña bibliografía 133

PANORAMA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CHILENO 135

I. Modelo regulativo de la administración pública, base constitucional. Concepto de derecho administrativo y fuentes 137
II. Organización administrativa 141
III. El procedimiento administrativo 143
IV. El acto administrativo 148
V. Los contratos de la administracion 151
VI. Derecho administrativo sancionador 153
VII. La discrecionalidad administrativa 156
VIII. Control judicial (jurisdiccional) de la administracion. El contencioso administrativo 159
IX. otras tecnicas de control de la administracion: "La contraloria general de la republica" 166
X. La responsabilidad administrativa 168
XI. El servicio público (mercado, privatización, regulación) 171
XII. Funcion pública 173
XIII. Urbanismo, medio ambiente y ordenación del territorio 175
XIV. Bienes públicos 177

PANORAMA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA (2004) .. 185

I. Evolución y modelo regulativo de la administración pública, base constitucional y concepto de derecho administrativo y fuentes 187
II. Organización administrativa, en especial el estado y los municipios 202

III. El procedimiento administrativo 206
IV. Los contratos de la administración. Los llamados contratos estatales en el derecho administrativo colombiano 226
V. El derecho administrativo sancionador 232
VI. La discrecionalidad administrativa 234
VII. El control judicial de la administración: Contencioso-administrativo y otros modos de solución de controversias, en especial los arbitrajes 235
VIII. La responsabilidad administrativa 259
IX. El servicio público, los mercados de interés general (liberalización, privatización, regulación) y su régimen de competencia ... 260
X. La función pública 267
XI. El urbanismo, medio ambiente y ordenación del territorio 269
XII. Bienes públicos 276

COSTA RICA 279

I. introducción 281
II. modelo regulativo de la administración pública costarricense, base constitucional, concepto de derecho administrativo y fuentes 282
III. organización administrativa, en especial el estado y los municipios 285
IV. el procedimiento administrativo 288
V. el acto administrativo, su ejecución, principio de autotutela, los recursos en vía administrativa 291
VI. los contratos administrativos 296
VII. el derecho administrativo sancionador 298
VIII. la discrecionalidad administrativa 300
IX. el control judicial de la administración: Contencioso administrativo y otros modos de solución de controversias, en especial, los arbitrajes ... 302
X. otras técnicas de control de la administración 306
XI. la responsabilidad administrativa 309
XII. el servicio público y los mercados de interés general 312
XIII. la función pública 320
XIV. urbanismo y medio ambiente 323
XV. bienes públicos 329

EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN CUBA 331

A modo de introducción 333

I. Evolución y modelo regulativo de la administración pública, base constitucional y concepto de derecho administrativo y fuentes 333

II. Organización administrativa del estado y los municipios 336
III. El procedimiento administrativo, el acto administrativo, su ejecución, principio de autotutela, los recursos en vía administrativa. La discrecionalidad administrativa 337
IV. Los contratos de la administración, el servicio público y los mercados de interés general (liberalización, privatización y regulación) 341

Conclusión 349

Bibliografía 350

UNA VISION SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL ECUADOR 351

I. Hacia un concepto de derecho administrativo. El sistema de fuentes 353
II. La organización administrativa. el estado, los consejos provinciales, los municipios y las juntas parroquiales 364
III. El procedimiento administrativo 367
IV. El acto admnistrativo, su ejecución, principio de autotutela y los recursos en via administrativa 371
V. Los contratos de la administración 373
VI. El derecho administrativo sancionador 374
VIII. La discrecionalidad administrativa 377
IX. El control judicial de la administración: Contencioso-administrativo y otros modos de solución de controversias, en especial los arbitrajes 380
X. Otras técnicas de control de la administración 382
XI. La responsabilidad administrativa 385
XII. El servicio público, los mercados de interés general (liberalización, privatización, regulación) y su régimen de competencia .. 386
XIII. La función pública 389
XIV. Medio ambiente, urbanismo y ordenación del territorio 389
XV. Bienes públicos 391

A manera de conclusión 393

EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE ESPAÑA 395

I. Evolución y modelo regulativo de la administración pública, base constitucional y concepto de derecho administrativo y fuentes 397
II. Organización administrativa, en especial, el estado y los municipios 402
III. El procedimiento administrativo 404

IV. El acto administrativo, su ejecución, el principio de autotutela y los recursos en vía administrativa 406
V. Los contratos de la administración 411
VI. El derecho administrativo sancionador 413
VII. La discrecionalidad administrativa 416
VIII. El control judicial de la administración Proceso contencioso-administrativo y otros modos de solución de controversias, en especial los arbitrajes 418
IX. Otras técnicas de control de la administración 421
X. La responsabilidad administrativa 423
XI. El servicio público, los mercados de interés general (liberalización, privatización, regulación) y su régimen de competencia .. 425
XII. La función pública 428
XIII. Urbanismo, ordenación del territorio y medio ambiente 430
XIV. Bienes públicos 432

PANORAMA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO MEXICANO 435

I. Modelo regulativo de la administración pública, base constitucional, concepto y fuentes del derecho administrativo 437
II. Organización administrativa federal, local y municipal 439
III. El procedimiento administrativo 445
IV. El acto administrativo, su ejecución, principio de autotutela, los recursos en vía administrativa 448
V. Los contratos de la administración 452
VI. El derecho administrativo sancionador 457
VII. La discrecionalidad administrativa 458
VIII. El control judicial de la administración: Contencioso administrativo y otros modos de solución de controversias, en especial los arbitrajes 460
IX. Otras técnicas de control de la administración 470
X. La responsabilidad administrativa 471
XI. El servicio público, los mercados de interés general (liberalización, privatización, regulación) y su régimen de competencia .. 476
XII. La función pública 480
XIII. El urbanismo, medio ambiente y ordenación del territorio 486
XIV. Bienes públicos 498

PANORAMA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN PANAMÁ 503

Introducción 505

I. Evolución y modelo regulativo de la administración pública, base constitucional y concepto de derecho administrativo y fuentes 506
II. Organización administrativa, en especial el estado y los municipios 511
III. El procedimiento administrativo 512
IV. Acto administrativo, su ejecución, principio de autotutela, los recursos en vía administrativa 514
V. Los contratos de la administración 518
VI. El derecho administrativo sancionador 520
VII. La discrecionalidad administrativa 522
VIII. El control judicial de la administración: Contencioso-administrativo y otros modos de solución de controversias, en especial los arbitrajes 523
IX. Otras técnicas de control de la administración 526
X. La responsabilidad administrativa 527
XI. El servicio público, los mercados de interés general (liberalización, privatización, regulación) y su régimen de competencia 529
XII. La función pública 531
XIII. El urbanismo, ordenación del territorio y medio ambiente 532
XIV. Bienes públicos 535

PANORAMA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL PERU 537

I. Evolución y modelo regulativo de la administración pública, base constitucional y concepto de derecho administrativo y fuentes 539
II. Organización administrativa. El estado, las regiones y los municipios 554
III. El procedimiento administrativo 559
IV. El regimen de los actos administrativos: Reglas de validez, silencio administrativo, principio de autotutela, la revisión de los actos en vía administrativa 570
V. Los contratos de la administración 592
VI. El derecho administrativo sancionador 597
VII. La discrecionalidad de la administración 600
VIII. El control judicial de la administración pública. Proceso contencioso-administrativo, los procesos constitucionales y arbitrajes 601
IX. Otras técnicas de control de la administración 622
X. La responsabilidad administrativa 623
XI. Servicio público, los mercados de interés general. Liberalización, privatización, regulación y su régimen de competencia ... 627
XII. La función pública 636

XIII. El urbanismo, medio ambiente y la ordenaciòn del territorio 648
XIV. Los bienes públicos 651

AO DIREITO ADMINISTRATIVO PORTUGUÊS 655

I. O direito administrativo português moderno:
Nascimento, evolução e fontes 657
II. Os princípios constitucionais do direito administrativo 658
III. A discricionaridade administrativa 661
IV. O dever de fundamentar as decisões administrativas 663
V. Poder de decisão unilateral, participação dos interessados na tomada
da decisão e autotutela executiva 663
VI. A organização administrativa pública 664
VII. O procedimento administrativo 668
VIII. O acto administrativo 670
IX. Os contratos da administração pública 674
X. A responsabilidade civil extracontratual da administração pública 677
XI. Os recursos administrativos 678
XII. Controlo judicial da administração pública – a justiça administrativa 679

Principal bibliografia portuguesa 690

Principais abreviaturas 691

PANORAMA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO URUGUAYO 693

I. Modelo regulativo de la administración pública
Bases constitucionales. Concepto de derecho administrativo y fuentes ... 695
II. Organización administrativa 700
III. Procedimiento administrativo 706
IV. Acto administrativo y recursos administrativos 711
V. Contratos de la administracion 715
VI. Derecho administrativo sancionador 718
VII. Discrecionalidad administrativa 719
VIII. Control jurisdiccional de la administracion 720
IX. Otras tecnicas de control de la administracion 722
X. Responsabilidad administrativa 727
XI. Servicio público y mercados de interes general 729
XII. Funcion pública 733
XIII. Urbanismo, medio ambiente y ordenación del territorio 738
XIV. Bienes publicos 740

PANORAMA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA (2004) . . 745

I. Modelo regulativo de la administración pública, base constitucional. Concepto de derecho administrativo y fuentes 747
II. La organización administrativa nacional, estadal y municipal 751
III. El procedimiento administrativo 754
IV. El acto administrativo, su ejecución, principio de autotutela, los recursos en vía administrativa 755
V. Los contratos del estado y el contrato administrativo 758
VI. El derecho administrativo sancionador 765
VII. La discrecionalidad administrativa 768
VIII. El control judicial de la administración: Contencioso-administrativo y otros modos de control de la administración, en especial los arbitrajes . . 769
IX. Otras tecnicas de control de la administración 776
X. La responsabilidad administrativa 778
XI. El servicio público y los mercados de interés general (liberalización, privatización y regulación) y su régimen de competencia 781
XII. La función pública 785
XIII. El urbanismo, el medio ambiente y la ordenación del territorio 787
XIV. Los bienes públicos 789

PRESENTACIÓN DE LA OBRA

Parece obligado hacer, en esta obra, una mención introductoria o presentación, narrando o recordando primeramente el proceso de gestación y elaboración de la misma, y las razones y motivaciones y finalidades que persigue, en parte porque de esta forma mi inicial protagonismo va a dar paso al protagonismo más merecido de los distintos coautores que participan en este importante libro y va a dar igualmente paso al reconocimiento de otras personas que han hecho posible su aparición. De ahí que esta presentación deba servir también de agradecimiento y homenaje a todos ellos.

La motivación inicial de este trabajo no tiene hoy mayor importancia, por ser inicialmente de tipo personal y vinculada a un solo o concreto país que es España, ya que la obra finalmente adquiere una dimensión y unas virtualidades mucho mayores de las inicialmente previstas consiguiendo además aglutinar a un número amplio de Estados con preocupaciones diversas. Dicha primera e irrelevante inquietud personal se refirió en su día a querer aportar una dimensión diferente a la actualmente existente en España, dominada desde hace algún tiempo por los localismos. Frente a éstos, siempre parece preferible "construir", en vez de "destruir", "afirmar" en vez de "negar", "entusiasmar" si uno puede, en vez de "aburrir".

Pero la versión final de este libro, evidentemente, trasciende de esta reducida dimensión parcial, ya que finalmente aporta muchos más contenidos y vertientes.

Otra motivación inicial fue puramente intelectual. Si uno conoce un mínimo el Derecho comparado termina dándose cuenta de la riqueza del método jurídico-comparado en aras de ampliar conocimientos jurídicos. Esta virtualidad, inherente al Derecho comparado, tiene un especial sentido cuando de lo que se trata es de presentar Derechos hermanados entre sí, y próximos en todo caso, porque es entonces cuando los fines del Derecho comparado se manifiestan de forma más clara, obteniéndose conocimientos especialmente ricos y de digna consideración.

Me permito aventurar que en la América hispana puede producirse una evolución similar a aquella que ha acontecido en España o Portugal por referencia al Derecho comparado: desde una primera fase en la que primaron (entre otros posibles) los objetivos de *reformar* y hacer evolucionar el Derecho propio se ha pasado a una segunda fase de conveniencia del Derecho comparado como vía principalmente de *ampliación de conocimientos* y de búsqueda de las mejores soluciones posibles *en el caso concreto.* En esta segunda fase prima la estricta reciprocidad y la conveniencia del mayor conocimiento, lejos de cualquier atisbo de dependencia jurídica o de estricta necesidad del Derecho comparado. En este caso, es decir una vez alcanzado el debido desarrollo, pueden entonces ocurrir dos cosas a su vez: o bien que decaiga el interés por el Derecho comparado (porque no se observa dicha reciprocidad entre ordenamientos) o bien que se mantenga (o incluso acreciente) dicho interés sirviendo el Derecho comparado a otros objetivos y fines distintos del estricto desarrollo del Derecho propio. Este el *quid* del Derecho admi-

nistrativo iberoamericano y por eso le auguro un futuro esperanzador, ya que entre nosotros (a diferencia de otros ámbitos jurídicos y culturales) siempre estará presente el interés recíproco y la utilidad del Derecho comparado como vía de acrecentar nuestras relaciones cuando todos los Derechos patrios alcancen un nivel adecuado de desarrollo. Está por llegar el auténtico Derecho administrativo iberoamericano. De momento, estamos en una primera etapa de evolución en la que el Derecho comparado cumple una función vital, ya que varios Derechos no han alcanzado aún un desarrollo pleno en no pocas instituciones de Derecho administrativo. Es evidente que el Derecho español puede ser un claro punto de referencia, sin perjuicio de que éste también se enriquecerá con las enseñanzas de otros ordenamientos.

Junto a esta dimensión intelectual, se sitúa la dimensión político-jurídica. Desde esta perspectiva es conveniente, para todos nosotros, fomentar los vínculos y lazos culturales. Dentro de ellos, los jurídicos son fundamentales. Miremos hacia nosotros mismos después de mirar tanto, cada uno de nosotros, hacia fuera. En especial, la mayor integración entre lo hispano y lo portugués debe conseguirse más en el futuro.

Dado que el mérito de esta obra no es mío, puedo decir sin reservas que este libro representa un auténtico hito a nivel mundial. En primer lugar, porque no tiene precedentes, seguramente ante la enorme dificultad de su realización tanto por razones de comunicación como por el hecho de que, hasta no hace mucho, en algunos países iberoamericanos no era fácil identificar las instituciones principales de Derecho administrativo con un cierto nivel jurídico. En cambio, en la actualidad el desarrollo que empieza a alcanzarse por parte de los Derechos nacionales de Iberoamérica permite elaborar una obra como la presente.

En segundo lugar, este libro es un hito porque consigue que cualquier interesado en la Comunidad internacional (desde un chino hasta un canadiense) pueda tener una publicación de referencia donde se informa de las instituciones jurídicas centrales y nucleares del Derecho administrativo, con un enfoque que parte de la convicción de que la Comunidad Iberoamericana representa una familia jurídica común, sin perjuicio de sus lógicas particularidades. Es posible, en efecto, plantear un Derecho administrativo iberoamericano en buena parte común, cuando menos afín, basado en la existencia de unas raíces, unos intereses, unos contenidos y unos destinos comunes. Dejo al lector que lo compruebe.

Así pues, esta publicación, en cuanto tal, está afirmando la existencia de un "Derecho administrativo iberoamericano" como un Derecho con rasgos y caracteres de comunidad jurídica en su sentido más genuino, para poder avanzar en la realización de elementos comunes y en el intercambio cultural. En este sentido, esta obra debe ser punto de referencia para posteriores estudios similares sobre Derecho administrativo u otras ramas del Derecho.

Si se consiguen estos fines es gracias al método. No se ha querido aglutinar estudios inconexos entre sí. O presentar informaciones deslavazadas. El rigor científico del proyecto común es lo que permite hablar de Derecho administrativo iberoamericano, como consecuencia de haber seguido todos los autores un mismo guión argumental y unas mismas pautas premeditados de trabajo, quedando a disposición del interesado la posibilidad de realizar una labor de comparación final de las soluciones jurídicas.

Es obvio, que la virtualidad de la presente publicación es mayor si cabe en nuestro propio ámbito iberoamericano en particular, ya que cualquier lector, investigador, o interesado, de nuestros países, podrá así saber cuál es la pauta a seguir para desarrollar su propio ordenamiento jurídico-administrativo. Acaso sea éste el mayor interés de esta publicación: de su lectura se desprende claramente cuáles son los mejores modelos y las soluciones más desarrolladas, y

puede en este sentido apreciarse cuáles son las líneas de futuro y de progreso y dónde está cada uno de nosotros. Por ejemplo, podrá observarse con facilidad que dicha línea de progreso está en perfeccionar la jurisdicción contencioso-administrativa, superando otras opciones posibles de control de la Administración como el control constitucional de los amparos o el control civilista o el propio contencioso-administrativo de tipo objetivo, siempre inoportuno. He renunciado, no obstante, a un capítulo en esta obra, que inicialmente estaba previsto, relativo a una comparación reflexionada entre las distintas instituciones jurídico-administrativas por referencia a los modelos que cada país representa. Ha sido mejor evitar esta tentación para no dejar ver acaso una inoportuna o excesiva y discutible influencia doctrinal de mi parte que hubiera desmerecido la generalidad de la obra. De esta forma, sin mayores condicionamientos, el propio lector extraerá estos resultados por la vía de la lectura y del estudio y de la comparación reflexiva, en función de su propio contexto jurídico-cultural y de las posibilidades (en términos de realismo) de incorporar alguna solución jurídica procedente de otro ordenamiento afín.

Volviendo a la narración de los hechos de gestación y elaboración de la presente obra, un impulso decidido encontró ésta con ocasión de un Congreso que celebramos y dirigí en la Universidad de Alicante, al cual asistieron algunos de los actuales coautores. Es preciso en este momento agradecer una ayuda (aunque modesta) que prestó el Ministerio de Educación y Ciencia de España y la Fundación (vinculada a la Universidad de Alicante) Mario Benedetti, quienes asumieron los gastos de organización del evento.

En este contexto, fue en el referido Congreso donde y cuando los participantes afianzamos nuestro propósito común de llevar adelante esta obra y terminarla en un plazo prudencial. El proyecto estaba ahora en marcha decididamente. En este Congreso, una persona entrañable, cuya trayectoria jurídica es admirada por cualquiera de nosotros, asumió un oportuno y grato liderazgo intelectual. Me refiero al Profesor Allan R. Brewer-Carías. Se debe a él en gran medida el éxito de este proyecto. No sólo apoyó esta iniciativa y nos animó a todos a llevarla a efecto. También aportó el texto doctrinal que ha servido de modelo para el resto de los coautores. Además, gran parte de los coautores de este libro fueron contactados por él personalmente. Era obvio que, en tales circunstancias, entre caballeros estos hechos obligaban a un ofrecimiento por mi parte de ceder al Profesor Brewer la completa dirección de la presente obra colectiva, ofrecimiento al que respondió este prestigioso colega de igual forma. Esto explica que finalmente la dirección haya sido conjunta o compartida, todo lo cual enriquece indudablemente la presentación de este libro y el éxito de la publicación.

Es así como durante los meses siguientes a octubre, hasta febrero de este año 2005, los distintos coautores fueron entregando sus trabajos diligentemente. Siempre he notado entusiasmo en todos ellos. Siempre he podido percibir que todos sentían la importancia que tiene el presente proyecto. Para mí personalmente ha representado una gran satisfacción personal comprobar la amistad y la creencia en un proyecto común y en una identidad común cultural y jurídica que trasciende los localismos siempre perturbadores.

El lector podrá comprobar que los coautores son todos ellos juristas de especial renombre: los doctores Cassagne (de Buenos Aires), Caupers (de Portugal), Danós de Perú, Santofimio de Bogotá, Vergara (de Santiago de Chile), por citar solo algunos de ellos (acaso por la especial cercanía de amistad pero sin denostar para nada a ninguno de los no citados), son todos nombres que suenan y resuenan en los distintos confines del mundo hispánico.

La mayor parte de los países iberoamericanos están representados en esta obra. Si ha faltado la participación de alguno de ellos (en concreto tan solo Bolivia, Paraguay, Honduras, El Salva-

dor, Puerto Rico, República Dominicana y Guatemala) no ha de interpretarse como demérito alguno para ellos, ya que tan solo se debe al hecho de querer evitar cualquier tipo de demora en la publicación de esta obra considerando mi falta de conocimiento de la realidad jurídica de estos países referidos.

He de agradecer también muy especialmente al colega y buen amigo granadino Federico Castillo Blanco el interés que siempre ha mostrado en esta obra. A él se debe, en concreto, esta magnífica publicación a la que finalmente se sumó el INAP, ya que también es preciso reconocer que al Director de esta institución, Francisco Ramos Fernández-Torrecilla, no se le escapó para nada la significación del presente proyecto y la necesidad de que el (siempre tan querido para nosotros) INAP estuviera presente de alguna forma entre todos nosotros. Nuestro sincero agradecimiento a ambos.

También uno se acuerda en este momento de aquellas personas que, con ocasión de alguna visita académica, siempre han ofrecido lo que tenían, es decir, hospitalidad hispana, caso de la Universidad de Córdoba con Benigno Ildarraz por ejemplo en la Argentina o de San José de Costa Rica con Aldo Milano y otros juristas. Por supuesto, para terminar, mi satisfacción personal también por el hecho de contar con la ayuda del profesor Ricardo Rivero, con quien no dudé en contactar para la redacción de la parte española de este libro, en atención a su valoración positiva del mundo ibérico.

Pienso que los distintos autores, y por tanto esta obra, merecen un reconocimiento institucional, aunque me disculpo ya ante ellos si en este plano político-institucional esta obra no consigue el reconocimiento esperado, al existir siempre *otras preocupaciones prioritarias*.

Esta obra tiene una gran importancia para todos, porque va a poder servir para impulsar el Derecho administrativo en todos nuestros países y conocernos mejor, lejos de mirar siempre hacia Estados que nunca nos miran a nosotros, aunque no por ello vayamos a dejar de seguir siendo como somos, generosos y hospitalarios con todo el mundo.

Estudiar el Derecho administrativo, en particular, desde el punto de vista comparado en el marco iberoamericano es un reto fundamental para lograr perfeccionar las estructuras administrativas en nuestros países y hacer mas fácil un aprendizaje mutuo que supere la ignorancia, que facilite las inversiones, que arraigue la paz, y que mejore las relaciones y la creencia en la existencia y devenir de una Comunidad Hispánica e Iberoamericana en un mundo donde ésta paulatinamente va extendiendo su influencia acaso como compensación de justicia por la triste pérdida anterior de influencia y de territorios durante los últimos siglos (Tejas, Florida, California, Malvinas, Filipinas y el recientemente recuperado canal de Panamá).

No podemos desconocer el pasado pero hemos de mirar especialmente juntos al futuro para que no ocurra más aquello que escribe magistralmente Alejo Carpentier (*Los pasos perdidos): "e*ste vivir en el presente, sin poseer nada, sin arrastrar el ayer, sin pensar en el mañana, me resulta asombroso".

Se consigue así una obra donde se informa sobre algo que nadie conoce, es decir cómo son los Derechos administrativos de otros países de Iberoamérica, aportando informaciones valiosas, completas, originales y de mano de los mejores especialistas.

El título mismo de la obra ("Derecho administrativo iberoamericano") informa ya de esta posibilidad: un Derecho administrativo con rasgos de comunidad e identidad propias. Es evidente que este proyecto ("El Derecho administrativo iberoamericano") no puede tener el mismo significado que aquel otro del "Derecho administrativo europeo", saliendo al paso por mi parte a aquellas posibles posturas que quieran relacionar el presente libro con aquel otro que voy revi-

sando en sucesivas ediciones y que lleva por título "El Derecho administrativo europeo", editado por el Instituto Andaluz de Administración Pública.

En parte, el proyecto del Derecho administrativo iberoamericano tiene mayor calado y en parte otra significación diferente a aquel otro proyecto del Derecho administrativo europeo. En principio, es claro que el Derecho administrativo europeo tiene una base jurídico-práctica de la que carece el Derecho administrativo iberoamericano, desde el momento en que aquél está integrado por reglas de Derecho (en parte comunes a toda Europa) que son válidas y eficaces en el plano mismo de la aplicación del Derecho nacional por los tribunales y los intérpretes del Derecho. Concretamente, el Derecho administrativo europeo se realiza a través de cuatro vías principales: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la legislación común dictada en el seno de la Unión, el Derecho regulador de las relaciones jurídicas que directamente entablan las instituciones comunitarias con los ciudadanos y con las empresas y la vía doctrinal del Derecho comparado.

Diríamos que, careciendo de virtualidad las tres de las cuatro vías enumeradas en primer lugar por referencia al Derecho administrativo europeo, la vía en cambio del Derecho comparado puede llegar a tener una mayor facilidad y unas mayores opciones de futuro en el Derecho administrativo iberoamericano. En términos más expresivos, el Derecho iberoamericano, sencillamente, por su propia lógica y características, termina haciendo ver una mayor afinidad y comunidad de reglas de Derecho entre España y Argentina por ejemplo que entre España y Finlandia o el Reino Unido. El Derecho administrativo iberoamericano tiene otras fuentes genuinas de impulso: se realiza e impulsa por vías no artificiosas, a priori efectivas éstas pero que finalmente terminan sin conseguir resultados claros desde el punto de vista de la comunidad jurídica. El Derecho administrativo iberoamericano desarrolla su "efecto de comunidad" por la vía natural del Derecho comparado, por la espontaneidad y el intercambio natural de experiencias. Ésta es, por otra parte, la ventaja y virtualidad del carácter o mundo hispánico que convierten a este proyecto del Derecho administrativo iberoamericano en un proyecto realizable, de entidad y de futuro porque él es como nosotros somos.

Metodológicamente, era importante que todos los autores siguieran un mismo guión argumental. De esta forma, se facilita la comprensión y el estudio y se consiguen contrastar las informaciones y las instituciones por referencia a cada uno de los países y ordenamientos. Aquello que es tan fácil para cada uno de los autores en su respectivo país (la cita de su doctrina y de su legislación) habría sido una labor imposible para cualquiera de nosotros individualmente considerados.

Los estudiosos del Derecho público tienen, pues, una magnifica ocasión para obtener informaciones que puedan hacer desarrollar los ordenamientos jurídicos propios, además de que los estudiantes pueden ahora mejorar su formación esencialmente, con una obra de referencia para conocerse mejor a sí mismos. En este sentido, este libro no oculta ambiciones y su vocación de introducirse en un plano institucional pero también universitario.

Felicitar, por tanto, a los coautores, a quienes se debe el mérito de esta publicación y agradecerles su participación, entusiasmo e interés, así como a los distintos lectores (desde los modestos estudiantes a los juristas de prestigio), pues sin ellos tampoco podrían llevarse a cabo proyectos como éstos.

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ
Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Alicante (España)

EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

por JUAN CARLOS CASSAGNE

I. INTRODUCCIÓN

1. PRINCIPIOS Y CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

El análisis sobre el conjunto de principios y características fundamentales del derecho administrativo argentino ha de comprender sustancialmente aquellas notas que, aún cuando también se encuentran en el derecho comparado, poseen una dimensión de peso dentro del sistema que vienen a jerarquizar el propio ordenamiento jurídico administrativo.

En segundo lugar, y no menos importante, se ubica la institución del régimen administrativo o régimen exorbitante como nota peculiar y característica distintiva de nuestro derecho público administrativo. Dada la importancia de este instituto, el mismo será tratado, en forma separada, en el punto siguiente.

En tercer término, corresponde incluir el carácter judicialista del sistema de control de los actos de la Administración Pública y del Congreso, atribuidos fundamentalmente a una Corte Suprema de Justicia y a tribunales inferiores (art. 116 CN).

Un corolario fundamental de la tutela judicial efectiva (la cual constituye un principio que tiene base constitucional a través de la recepción operada por la vía del artículo 24.1 del Pacto San José de Costa Rica) es el reconocimiento de la responsabilidad del Estado para responder por los daños que causa a los ciudadanos y empresas el accionar de sus órganos y entes.

Todas esos principios configuran el marco del Estado de Derecho en el sistema argentino.

2. FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

a) Jerarquía de las fuentes: La Constitución

El análisis de las fuentes en particular plantea el problema de determinar la jerarquía de cada una de ellas, aparte de su naturaleza e imperatividad.

La Constitución estatuye el conjunto de principios y normas supremas del ordenamiento positivo, cuya jerarquía normativa es superior a la ley y al reglamento, imponiéndose a todos los actos que dicta la Administración Pública[1].

[1] Cfr. VEDEL, Georges, *op. cit.*, p. 238. La llamada Ciencia del Derecho Constitucional estudia los diferentes significados que se le atribuyen a la Constitución (jurídico-formal, material, normativa, etc.). Véase al respecto GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1961, p. 33 y ss.

Por su jerarquía, es la fuente más importante de todo el Derecho, particularmente para el Derecho Administrativos, cuyos capítulos se nutren en los principios y normas constitucionales. Así los prescribe el texto expreso del artículo 31 de la CN.

La Constitución Nacional, sancionada en el año 1853, con las reformas de los años 1860, 1898, 1957 y 1994 contiene el Preámbulo, que expresa los grandes objetivos y principios que inspiraron a los constituyentes y el articulado, que estatuye las reglas generales que rigen la vida del Estado y los derechos y deberes de los habitantes, aun cuando también, existen artículos que consagran verdaderos principios sin alcanzar la estructura lógica propia de las normas.

La primacía de la Constitución Nacional comprende, según su artículo 31, no sólo los principios y normas constitucionales sino también los tratados y las leyes dictadas por el Congreso como consecuencia de las facultades que le atribuye la ley suprema[2].

Tanto las normas como los principios constitucionales tienen operatividad por si mismos, no siendo indispensable que las declaraciones, derechos y garantías, que consagra la Constitución, deban ser reglamentadas[3].

b) Los tratados y su jerarquía constitucional

Una de las principales innovaciones introducidas por la reforma constitucional de 1994 concierne a la jerarquía normativa de los tratados celebrados con las naciones extranjeras y con los organismos internacionales (así como los concordatos suscriptos con la Santa Sede) a los cuales un precepto expreso le asigna una "jerarquía superior a las leyes" (art. 75 inc. 22 CN).

Los tratados son fuente de Derecho Administrativo cuando obligan a los órganos o entidades administrativas a realizar determinada actividad o cuando contienen disposiciones de Derecho Administrativo aplicables en el ámbito interno del país[4].

Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 se discutía acerca del lugar jerárquico de los tratados respecto de las leyes, y en consecuencia, si un tratado podía derogar una ley o a la inversa. Las teorías monistas, que consideran al Derecho interno subordinado al Derecho Internacional, acuerdan preferencia en todos los casos, a los tratados. En cambio, quienes adherían a una concepción dualista del Derecho, reconocían preferencia siempre a la ley sobre el tratado.

En cualquier caso, hay que partir del principio consagrado en el artículo 31 CN, el cual establece que las leyes de la Nación y los tratados con potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación. Teniendo en cuenta esta prescripción constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó el principio de "que entre las leyes y los tratados no existe prioridad de rango y que rige respecto de ambas clases de normas, en cuanto integrantes del ordenamiento jurídico interno de la República, el principio con arreglo al cual las posteriores derogan a las anteriores"[5].

[2] En tal sentido, la Corte Suprema ha dicho que: "...esta Corte ha establecido que las provincias ¢carecen de facultades para retardar, impedir o de cualquier manera contralorear¿ el cumplimiento de las leyes sancionadas por el Congreso Nacional en ejercicio de facultades constitucionales" (*Fallos*, 173:128, consid. 4°; 266:408, consid. 5° y otros), y tal doctrina la ha fundado en el principio de supremacía consagrado en el art. 31 CN, aplicable, toda vez que "estén en juego los planes trazados o la política adoptada por el Congreso teniendo en vista los intereses del país como un todo" (CS, diciembre 22-1987, "Estado Nacional c/ Provincia de Santiago de Estero").

[3] MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1990, p. 208; LINARES QUINTANA, Segundo, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. V, Buenos Aires, 1955-1963, p. 373 y 374.

[4] ALTAMIRA, Pedro G., *Curso de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1971, p. 61.

[5] *Fallos*, 257:99 y causa "Esso Petrolera Argentina c/ Nación Argentina s/ repetición", resuelta el 5 de junio de 1968. Véase asimismo DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. I, 2° ed., Buenos Aires, 1974, p. 475 y GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1967, p. 188 y 200.

Con posterioridad, el alto tribunal modificó dicho criterio[6] sosteniendo la primacía de los tratados internacionales sobre la legislación interna del Estado, con fundamento en lo prescripto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por ley 19.865.

La reforma constitucional de 1994 ha seguido la línea jurisprudencial adoptada en los últimos fallos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en los casos "Ekmekdjian", "Servini de Cubría" y Fibracca") consagrando el principio de superioridad de los tratados y concordatos sobre las leyes (art. 75 inc. 22). Pero, además, con respecto a los denominados tratados de integración ha incorporado el principio de supremacía del derecho comunitario (incluso el derivado) sobre el derecho interno (excepto la Constitución) al prescribir que "las normas dictadas en su consecuencia..." se refiere a los tratados)..." tienen jerarquía superior a las leyes" (art. 75 inc. 24).

c) La Ley: caracteres y régimen jurídico

En sentido material, se entiende por ley todo acto o norma jurídica que crea, modifica o extingue un derecho de carácter general y obligatorio, mientras que, de acuerdo al criterio formal, la ley consiste en el acto emanado del Órgano Legislativo, conforme a un procedimiento preestablecido.

Para la primera de las concepciones –que es la que se aplica a las funciones estatales– la raíz objetiva o material del acto que es producto de la función legislativa se encuentra tanto en las leyes emanadas del Congreso como en los reglamentos que dicta el Poder Ejecutivo.

De ese modo, los caracteres esenciales de la ley –en su sentido material– están constituidos por la generalidad y la obligatoriedad[7].

Como fuente del derecho, la noción técnica de ley en sentido material debe combinarse con el criterio formal, sin que esta circunstancia implique desconocer la función materialmente legislativa que cumple el Poder Ejecutivo a través de la utilización de la potestad reglamentaria.

En principio, la ley formal sólo puede ser derogada o modificada por otra ley, dictada por el Organo Legislativo de acuerdo al procedimiento previsto salvo que el texto expreso de la ley hubiera autorizado al Poder Ejecutivo a derogarla o modificarla. Así lo exige el principio del paralelismo de las competencias y la llamada preferencia de la ley, como fuente del Derecho[8].

El problema de la prevalencia de las leyes se refleja también en los conflictos que se suscitan entre las distintas leyes del ordenamiento nacional y provincial y entre las leyes posteriores y anteriores, cuando estas últimas tuvieren carácter especial. En el primer supuesto, si se trata de materias atribuidas, en forma privativa al Congreso Nacional, las leyes que dicten las provincias

[6] Entre otros, el caso de "Fibracca Constructora SCA c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", resuelto con fecha 7 de julio de 1993 (*Fallos*, 433: XIII), considerando 3.

[7] Para Bidart Campos, ley es todo acto del Parlamento que crea Derecho nuevo y originario, no estimando suficiente la caracterización de la ley como norma general y obligatoria (cfr. Bidart Campos, Germán J., *El Derecho Constitucional del Poder*, t. I, ps. 352 y 355, Buenos Aires, 1967).

[8] El art. 17 CC prescribía, en la redacción anterior a la reforma introducida en el año 1968, que "Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte sino por otras leyes...". No obstante que este texto fue suprimido con la reforma de aquel año, tal supresión no significa autorizar que las leyes sean derogadas por otros actos, sino que ella obedeció a conflictos existentes entre la ley y la costumbre (cfr. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. I, ps. 104-105, Buenos Aires, 1977; Borda, Guillermo A., *La Reforma de 1968 en el Código civil*, p. 29, Buenos Aires, 1974; apunta este autor que el art. 17 constituia un resabio del positivismo jurídico y una aplicación exagerada de los arts. 19 y 22 CN).

no pueden alterar las leyes de la Nación. Los conflictos de esta naturaleza deben ser resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116 y 117 CN). En el segundo caso, las leyes posteriores derogan las leyes dictadas con anterioridad. Pero este principio reconoce una excepción importante cuando las leyes anteriores hubieran sido dictadas para regir una situación especial (lex posterior generalis, non derogat priori speciali. Las leyes especiales subsisten, en consecuencia, en tanto no exista una repugnancia efectiva o incompatibilidad con la ley general posterior.

Tradicionalmente, se consideran "leyes especiales" aquellas que determinan un régimen particular para un caso determinado o para una serie de casos determinados, mientras que son "leyes generales" aquellas que prescriben el régimen aplicable a todos los supuestos que componen un determinado género de relaciones jurídicas.

Otro rasgo que suele atribuirse a la ley es el de su irretroactividad, debiendo analizarse si el mismo constituye un principio esencial[9].

Al respecto, la Constitución Nacional establece el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* (art. 18), el cual, se ha considerado aplicable en materia de sanciones administrativas, de naturaleza disciplinaria o contravencional.

Pero el Código Civil, en uno de sus títulos preliminares, admite la posibilidad de que se dicten leyes retroactivas a condición de que no afecten derechos amparados por garantías constitucionales[10]. Dicho precepto, por pertenecer a la parte general del Derecho, resulta de aplicación directa al Derecho Administrativo, es decir, a las leyes administrativas, no siendo exclusivo del Derecho Civil[11].

El estudio del procedimiento legislativo, es decir, de los trámites que es necesario realizar para el dictado de las leyes, corresponde al Derecho Constitucional. En el orden nacional, el procedimiento respectivo se encuentra prescripto en la Constitución (arts. 77 al 84) constando de varias etapas: iniciativa, discusión, sanción, promulgación y publicación.

De todas esas etapas, el Derecho Administrativo le interesan fundamentalmente la promulgación y la publicación.

La promulgación de las leyes que tiene a su cargo el Poder Ejecutivo puede ser expresa o tácita: esto último ocurre cuando no aprueba un proyecto en el término de diez días hábiles (art. 80 CN). El acto de promulgación debe abarcar, en principio, todas las disposiciones de la ley sancionada.

Antes de su promulgación, el Poder Ejecutivo se encuentra posibilitado para ejerce la potestad constitucional de vetar la ley en forma total o parcial siempre que las partes no observadas posean autonomía normativa y su aprobación parcial no altere el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso (arts. 80 y 83 CN)[12].

[9] La Corte Suprema ha dicho que, en Derecho Administrativo, la retroactividad no se presume sino que rige el principio opuesto; véase "Domínguez, Albero c/ UNR" de fecha 15-X1985.

[10] Art. 3° CC. La irretroactividad de una norma debe ser declarada expresamente, no procediendo su admisión en forma tácita o presunta. La ley retroactiva no puede alterar situaciones jurídicas ya constituidas o cuyos elementos existentes tienen un valor jurídico propio. (Véase Fallos, 138:47).

[11] CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo*, p. 49 y ss.

[12] La reforma constitucional de 1994 consagró la legitimidad del veto parcial (art. 80). En ocasión de la promulgación parcial que realizó el Poder Ejecutivo respecto de la ley 16.881, que reguló el denominado contrato de trabajo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la invalidez de la promulgación sosteniendo que "el proyecto sancionado por el Congreso Nacional constituía un todo inescindible de modo que las normas no promulgadas no han podido separarse del

En cuanto a los requisitos de publicidad, el art. 2° del CC –con la reforma introducida por la ley 16.504– prescribe que "las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial".

La publicación de la ley, en tanto revista la condición de ley material, importa un requisito impuesto en orden a la preservación del principio de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 16 CN. Por esta causa, no es dable admitir que un particular, en conocimiento de la promulgación, pretenda exigir el cumplimiento de una ley respecto de un caso concreto antes de su publicación.

d) El decreto-ley

En épocas de anormalidad constitucional, el Poder Ejecutivo ha dictado actos obligatorios de alcance general sobre materias que debían ser reguladas por ley formal mediante instrumentos normativos denominados "Decretos-Leyes".

En la realidad histórica de nuestro país el instrumento "decreto-ley" se ha limitado al proveniente del Poder Ejecutivo *de facto*, llegando a reglar materias que formalmente correspondían a la ley[13], los cuales se distinguen tanto de los reglamentos delegados como de los reglamentos de necesidad y urgencia que emite el Organo Ejecutivo *de iure*, en ejercicio de la potestad reglamentaria.

e) El reglamento

Los reglamentos constituyen fuente del Derecho para la Administración Pública, aun cuando proceden de ella misma, ya que integran el bloque de legalidad, al cual los órganos administrativos deben ajustar su cometido. Desde el punto de vista cuantitativo, constituyen la fuente de mayor importancia del Derecho Administrativo, habida cuenta que no sólo son emitidos por el Poder Ejecutivo, sino también por los demás órganos y entes que actúan en su esfera.

En lo que concierne a la naturaleza de la actividad reglamentaria la mayor parte de la doctrina, considera que se trata de una actividad administrativa[14], tesis esta que es sostenida aun por quienes participan de la concepción objetiva o material sobre la función administrativa[15].

La actividad reglamentaria traduce una actividad materialmente legislativa o normativa[16], ya que se trata del dictado de normas jurídicas de carácter general y obligatorias por parte de órganos administrativos que actúan dentro de la esfera de su competencia normativa, traducien-

texto legal sin detrimento de la unidad de éste". Sostuvo, también, el alto tribunal que, "como regla las disposiciones de una ley están vinculadas entre sí" y "que no cabe asegurar que el Congreso hubiera sancionado el proyecto en caso de excluirse algunas de sus normas capitales. De ahí que el Poder Ejecutivo no pudo, en su momento, proceder como procedió, sin invadir atribuciones propias del Congreso y sin asumir en la especie la calidad de legislador" (*Fallos*, 268:352, LL t. 127, p. 166, con nota de Alberto Robredo).

[13] BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional del Poder*, t. I, p. 334, Buenos Aires, 1967. Sostiene este autor que el Decreto-Ley no configura una legislación delegada sino asumida por el Presidente de la República a causa de la disolución del Congreso.

[14] BENVENUTTI, Feliciano, *Appunti di Diritto Amministrativo*, p. 36, Padova, 1959.

[15] GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, p. 290; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t.I, p. 245-246; WALINE, Marcel, *Droit Administratif*, p. 117 y ss., Paris, 1963; ALESSI, Renato, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, p. 255, Milano, 1958.

[16] XIFRA HERAS, Jorge, *Formas y fuerzas políticas*, p. 270, Barcelona, 1958; CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo*, p. 101, postura que ha seguido Linares (cfr. LINARES, Juan F., *Derecho Administrativo*, p. 63 y ss., Buenos Aires, 1986).

do una actividad jurídica de la Administración que se diferencia de la administrativa por cuanto ésta es una actividad inmediata, práctica y concreta tendiente a la satisfacción de necesidades públicas, encuadrada en el ordenamiento jurídico.

Los reglamentos se denominan actos de alcance o contenido general; ésta es la terminología que utiliza la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, para la cual el reglamento es un acto de alcance general[17], expresión que comprende a los meros actos de alcance general que no integran el ordenamiento jurídico[18].

Sin embargo, la figura del reglamento no agota todas las situaciones que traducen la emisión de actos de alcance o contenido general en sede administrativa. Las normas generales que solo tienen eficacia interna en la Administración o que están dirigidas a los agentes públicos –instrucciones de servicio, circulares– no producen efectos jurídicos respecto a los particulares. Su principal efecto jurídico se deriva del deber de obediencia jerárquica del inferior al superior[19].

Los reglamentos se encuentran sujetos a un régimen jurídico peculiar que los diferencia de las leyes en sentido formal, de los actos administrativos y de las instrucciones de servicio, circulares y demás reglamentos internos, siendo sus principales características:

(i) Constituyen o integran el ordenamiento jurídico;

(ii) Para que entren en vigencia deben ser publicados produciendo efectos a partir de su publicación oficial y desde el día en que ellos determinen; si no designan tiempo, producirán efectos después de los ocho días computados desde el día siguiente de su publicación oficial[20]. En este aspecto, se asemejan a las leyes (art. 2 CC) y difieren de los actos administrativos, que deben ser objeto de notificación y de las instrucciones, circulares o reglamentos internos de la Administración, que no requieren ser publicados;

(iii) Pueden ser derogados total o parcialmente por la Administración en cualquier momento, no rigiendo el principio de estabilidad del acto administrativo[21];

(iv) Están sujetos a los mismos principios que la ley en cuanto a su irretroactividad[22];

(v) Tienen un régimen de protección jurisdiccional propio. Si bien no modifican situaciones subjetivas sino hasta que son aplicados mediante un acto particular, la LNPA hace posible su impugnación judicial en dos supuestos: 1) Cuando un interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó, con resultado negativo. 2) Cuando el acto general se hubiera aplicado y contra tales actos de aplicación se hubieran agotado sin éxito las instancias administrativas. De otra parte, en sede administrativa, el RLNPA faculta a los particulares a impugnar por medio de

[17] Ley. 19.549, arts. 11, 24 y 25; el decreto reglamentario n° 1759/72 (t.o. ordenado 1883/91) utiliza la misma terminología (art. 103 y ss.).

[18] Véase HUTCHINSON, Tomás, *La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, p. 447 y ss., Buenos Aires, 1985.

[19] La doctrina alemana ha diferenciado los denominados reglamentos jurídicos de los reglamentos administrativos. Véase FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I,. 201, Madrid, 1958. Nuestra doctrina en general distingue los reglamentos propiamente dichos de los reglamentos internos. SAYAGUES LASO, *op. cit., t.* I, ps. 120-122 afirma que no es posible diferenciar el reglamento jurídico del administrativo por cuanto todos los actos de alcance general suponen el dictado de normas jurídicas.

[20] LNPA, art. 11 y RLNPA, art. 103 (t.o. por decreto 1883/91).

[21] RLNPA, art. 83 (t.o. por decreto 1883/91), ver "Estado Nacional c/ Arenera El Libertador SRL", del 29-V-1989, Rev. DF 47, Nov. 1989, n° 497, p. 426, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde se sostuvo que no hay derecho al mantenimiento de leyes o reglamentos (Ver también "Tiendo c/ ENTEL" del 27-II-1986).

[22] RLNPA (t.o. por decreto 1883/91), art. 83, CASSAGNE, Juan Carlos, *op cit.*, p. 105.

recursos administrativos los actos de alcance general –reglamentos– a los que la autoridad hubiera dado o comenzado a dar aplicación[23];

(vi) Dado que el reglamento contiene normas de carácter general y el acto administrativo normas individuales concretas, existe un orden de prelación que determina que el acto administrativo deba ser dictado conforme a las normas generales que contiene el Reglamento[24], lo que deriva del principio de legalidad de la actividad administrativa. En realidad, la Administración está impedida de modificar o no cumplir el reglamento cuando dicta un acto particular, a fin de tutelar la igualdad de tratamiento entre los administrados, principio éste de origen constitucional que sólo puede ser reglamentado por ley en sentido formal[25].

El citado principio determina también que los actos concretos de autoridades superiores no pueden vulnerar disposiciones reglamentarias de carácter general dictadas por autoridades inferiores, dentro del límite de su competencia[26].

La inderogabilidad singular no rige en materia legislativa. Una ley formal particular puede derogar o no tener en cuenta las disposiciones de una ley de carácter general, dado que desde el punto de vista jurídico tal proceder constituiría una limitación a la igualdad, siendo el Congreso el poder competente para reglamentar los derechos individuales[27].

La Procuración del Tesoro de la Nación, máximo órgano de asesoramiento jurídico de la Administración, ha dictaminado, en forma reiterada, que el principio de legalidad de la actividad administrativa no permite la violación de los reglamentos mediante actos administrativos de carácter individual o singular[28].

• *Clases de reglamentos*

Si se tiene en cuenta el órgano que dicta los reglamentos, ellos pueden clasificarse en nacionales o provinciales, presidenciales, ministeriales o provenientes de entes estatales con personería jurídica.

En el orden nacional, los reglamentos pueden provenir de la Administración, de la Legislatura o del Poder Judicial, ya que las normas de carácter general dictadas por el Congreso o por los organismos judiciales, sin el carácter formal de las leyes o sentencias, son también reglamentos, sujetos, en principio, al mismo régimen jurídico que los dictados por la Administración.

[23] Ley 19.549, art. 24 incs. a) y b) y dec. 1759/72, art. 73 (t.o. por decreto 1883/91). Asimismo, ver CASSAGNE, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 102.

[24] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control judicial*, p. 279 y ss., Madrid, 1970; y GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, p. 251 quien recuerda el art. 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del 26 de julio de 1957, que establece: "las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquellas tengan grado igual o superior a éstas. Sobre su obligatoriedad para la Administración en el Derecho norteamericano y francés, ver MAIRAL, Héctor A., *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*, p. 97 y ss., Buenos Aires, 1988.

[25] DIEZ, Manuel María, *op. cit.*, t. I, p. 419 y ss.

[26] El Derecho Administrativo italiano también acepta el principio; en tal sentido puede verse ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo, Parte General*, t. I, p. 105, trad. del italiano, Buenos Aires, 1954; al respecto Mairal ha puntualizado la necesidad de que el principio no se aplique en forma indiscriminada o irrazonable (*op. cit.*, p. 100 y ss.) en el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en el caso "Arenzón" (*Fallos*, 306:400).

[27] Según PARADA VAZQUEZ, la prohibición de dispensas singulares injustificadas se fundamenta en el principio de igualdad, vid: *Derecho Administrativo*, t. I, p. 64, Madrid, 1989.

[28] *Dictamenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, n° 4, p. 84, que cita los siguientes precedentes de la colección de dictámenes: t. 34, p. 201; t. 87, p. 145; t. 97, p. 241; t. 100, p. 191; t. 102, p. 213; y t. 114, p. 495.

En la terminología utilizada en nuestro país con la palabra Decreto se alude a los reglamentos del Poder Ejecutivo. También se denomina de la misma forma los reglamentos dictados por los intendentes municipales; pero en nuestra práctica administrativa se denomina Decreto tanto al acto de contenido normativo, como al de alcance particular. En cuanto a la calificación que corresponde atribuir a los actos del Jefe de Gobierno dictados en ejercicio de la administración general del país o de facultades que le delegue al Presidente los respectivos actos se instrumentan mediante las llamadas "decisiones administrativas" (art. 100, incs. 1, 2, 3 y 4 CN) independientemente de su contenido normativo.

Los reglamentos de autoridades subordinadas al Poder Ejecutivo (ministros, secretarios de Estado, directores, etc.) reciben el nombre de resoluciones o disposiciones, aun cuando con el mismo nombre también se designa a los actos de alcance particular dictados por las mismas autoridades. Con le término ordenanzas se denomina a los reglamentos o actos de alcance particular dictados por los órganos representativos municipales (Concejo Deliberante, Sala de Representantes, etc.); el concepto es utilizado también para las disposiciones normativas de índole militar, aduanero o impositivo[29].

• *Reglamentos ejecutivos o de ejecución*

Son los que dicta el Poder Ejecutivo (art. 99 inc. 2 CN) en ejercicio de facultades constitucionales propias, para asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, llevando o regulando detalles necesarios para un mejor cumplimiento de las leyes y de las finalidades que se propuso el legislador[30].

Se trata de una actividad normativa secundaria respecto de la actividad primaria que es la ley. Las normas reglamentarias integran la ley, siendo castigada su violación con las sanciones previstas para el caso de incumplimiento de ésta[31].

En el orden nacional, la Constitución establece que corresponde al Presidente de la Nación expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias (art. 99 inc. 2 CN).

Reglamentos autónomos o independientes

Esta clase de reglamentos se halla constituida por aquellas normas generales que dicta el Poder Ejecutivo y, en general, la Administración sobre materias que pertenecen a su zona de reserva. En su dictado, el gobierno y la Administración no aplican una ley, sino que directamente interpretan y aplican la Constitución[32].

Como ejemplos típicos de reglamentos autónomos pueden mencionarse: el decreto 7520/44 que reglamentó el recurso jerárquico, el decreto 1429/72 sobre régimen de licencias para los

[29] La Constitución Nacional, antes de su reforma de 1994, en el art. 67 inc. 23, denominaba ordenanzas a los actos de la Legislatura referidos a las Fuerzas Armadas.

[30] Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, p. 248.

[31] "Los decretos reglamentarios son tan obligatorios para los habitantes como si sus disposiciones se encontraran insertas en la propia ley...y se consideran parte integrante de la misma ley" (*Fallos*, 48:430; 187:449 y 234:166).

[32] El concepto de reglamento autónomo es controvertido: GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, p. 426; ZANOBINI, Guido, *op. cit.*, t. I, p. 106; y DIEZ, Manuel María, *op. cit.*, t. I, p. 426, entienden, entre otros autores, que son los dictados en asuntos cuya competencia le corresponde a la Administración de acuerdo con la distribución de funciones realizada por la Constitución, o para regular el ejercicio de poderes que le han sido conferidos discrecionalmente a la Administración por el ordenamiento jurídico. En cambio, MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, p. 252, excluye de la noción de reglamento autónomo a los derivados de las facultades discrecionales acordadas por la ley.

agentes públicos e incluso se ha sostenido que el decreto 1759/72 de Procedimientos Administrativos constituyó un reglamento autónomo, por cuanto se refiere a materias que pertenecen a la competencia del Poder Ejecutivo[33].

• *Reglamentos delegados*

Se trata de normas generales dictadas por la Administración en base a una autorización o habilitación del Poder Legislativo, regulando materias de competencia del legislador.

Como la facultad para dictarlos no emana de la potestad reglamentaria sino de la habilitación legal[34], se trata de una actividad de carácter excepcional de la Administración, conteniendo normas sobre materias que, si bien deben ser reguladas por la ley, el Congreso ha decidido que lo sean por la Administración.

Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, la aceptación de esta clase de reglamentos se hallaba controvertida en la doctrina constitucional. En base a que su dictado altera la competencia de los poderes que instituye la Constitución, se cuestionó la validez de los reglamentos delegados, por cuanto –se sostenía– el Congreso no podría delegar sus atribuciones al Poder Ejecutivo.

En el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que: "no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándolo sobre ella..." y que "existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de regular los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquella. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido"[35].

La delegación debe estar sujeta a límites y la política legislativa claramente establecida, no pudiendo ser total ni tampoco encomendarse a los órganos administrativos la facultad de crear delitos, contravenciones o impuestos, materias que exigen la presencia de una ley en sentido formal[36].

[33] En tal sentido, Docobo, Jorge José, "El Reglamento de Procedimientos Administrativos", JA, sec. Doctrina, 1972, p. 705. Así se desprende de la propia Exposición de Motivos de la LNPA.

[34] Para Bianchi los reglamentos ejecutivos son una especie de reglamentos delegados ubicando su fundamento constitucional en el ex art. 67 inc. 28 CN (cfr. *La delegación legislativa*, Buenos Aires, 1990, p. 52). No estamos de acuerdo con la tesis que considera a los reglamentos ejecutivos como una especie de reglamentos delegados, pues todos los antecedentes del ex art. 86 inc. 2 (art. 85 inc. 2 del Proyecto de Alberdi, art. 82 de la Constitución de 1826 y la Constitución de Cádiz de 1812) y la tradición anglosajona, indican que la norma se refiere a la función del Poder Ejecutivo relativa a la ejecución de las leyes. La mayor parte de las leyes requieren de una ulterior actividad de la Administración para poderlas aplicar. El argumento de Bianchi según el cual "no resulta aceptable constitucionalmente que el Congreso dicte una ley que acrezca de fuerza ejecutiva por falta de operatividad de sus disposiciones y que sea necesaria la intervención del Presidente, a efectos de sacar a la ley de esa suerte de estado inercial" (Bianchi, Alberto B., *op. cit.*, p. 126) nos parece inconciliable con el sistema previsto por la Constitución y por sus fuentes.

[35] *Fallos*, 148:430, caso "Delfino y Cía c/ Gobierno Nacional".

[36] Diez, Manuel María, *op. cit.*, t. I, p. 428 y ss. y p. 437 y ss. En el caso "Raúl Oscar Mouviel y otros s/ desórdenes", la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*Fallos*, 237:236) afirmó que el art. 18 CN exige indisolublemente la doble precisión por la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar, sin perjuicio de que el Órgano Legislador deje a los Organos Ejecutivos la reglamentación d elas circunstancias o condiciones concretas de las acciones reprimidas y de los montos de las penas dentro de un mínimo y un máximo. En este caso se declaró inconstitucional un reglamento sobre faltas o edictos policiales sancionado por el Jefe de la Policía Federal. Cabe destacar que teniendo en cuenta la opinión del Procurador General de la Nación, expuesta con anterioridad al fallo de la Corte, por ley 17.189 del año 1966, se ratificaron todos los edictos policiales vigentes a esa fecha.

En consecuencia, la delegación legislativa debe ser siempre expresa y especial, estableciéndose para cada caso y no en forma genérica, a fin de permitir su acotamiento por medio de límites materiales[37].

La reforma constitucional de 1994 contempló expresamente la delegación legislativa en el art. 76[38]. En dicha disposición, si bien genéricamente se prohibe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo seguidamente se la admite respecto de dos materias determinadas: a) de administración y b) de emergencia pública.

Las excepciones son de tanta trascendencia y entidad como las materias que permanecen dentro de la reserva legal, la que asume, en principio, carácter residual (en el sentido de que todo lo no permitido está prohibido), excepto que se produzca la situación de emergencia pública prevista en el artículo 76.

En efecto, tratándose de materias de la Administración va de suyo que la delegación no puede alterar la zona de reserva legal (como el poder impositivo, la legislación común y el otorgamiento de privilegios de exclusividad, para citar algunos supuestos)[39].

En cambio, la situación de emergencia pública configura un supuesto susceptible de quebrar la reserva legal (en algunas circunstancias hasta las denominadas reservas absolutas) y como tal es de interpretación restrictiva. La fórmula, que entraña un verdadero concepto constitucional indeterminado[40], requiere que se produzcan una gravísima situación de emergencia pública susceptible de afectar la subsistencia del Estado y que ella sea reconocida y declarada por el Congreso (vgr. declaración de guerra, situación económica de agua hiperinflación). Dicho concepto constitucional se ha inspirado, evidentemente, en la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Cochia"[41] en el que se aceptó la validez constitucional del precepto contenido en el artículo 10 de la ley 23.696 que permitió al Poder Ejecutivo derogar cláusulas monopólicas e, incluso, privilegios establecidos en diversas leyes, a fin de poder llevar a cabo el plan de privatizaciones y de desregulación de la economía.

Según el artículo 76 de la Constitución Nacional, la validez constitucional de la delegación estará siempre subordinada a que se fije un plazo para su ejercicio y se establezcan las bases de la delegación, esto es lo que en la juripsrudencia de la Corte Suprema se denomina "la política legislativa"[42].

El reglamento delegado se encuentra sometido al control parlamentario que *a posteriori* está habilitada a ejercer la Comisión Bicameral Permanente del Congreso (art. 100 inc. 12 CN).

[37] GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, p. 281, enseña que en el Derecho español la delegación puede ser general o especial; la primera –afirma- tiene lugar cuando el Parlamento concede al Gobierno los llamados "plenos poderes"; la delegación especial confiere facultades legislativas sólo respecto a materias determinadas y señalando las bases o criterios que han de servir de límite al decreto reglamentario. Sobre el tema, véase: DIEZ, Manuel María, *op. cit.*, t. I, p. 452.

[38] Un examen más detallado del art. 76 CN lo efectuamos en nuestro *Derecho Administrativo*, t. I, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 379 y ss.

[39] En este aspecto, la reforma se ha inspirado en Bielsa quien había señalado que, en dichos casos, la delegación limitada no se opone a ningún principio constitucional (cfr. BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. I, 3° ed., Buenos Aires, 1937, ps. 288-290). Ver también: COMADIRA, Julio Rodolfo, "Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores", en ED 162-1134.

[40] Es decir, un "concepto jurídico indeterminado" incorporado a la Constitución Nacional (cfr. sobre conceptos jurídicos indeterminados, CASSAGNE, Juan Carlos, "La revisión de la discrecionalidad administrativa", en *Revista de Derecho Administrativo*, n° 3, p. 95 y ss.).

[41] Publicado en LL 1994-B, 643; ED 156-316.

[42] *Fallos*, 246:345; 280:25; 315:1820.

• *Reglamentos de necesidad y urgencia*

Hasta la reforma constitucional de 1994 se debatía, especialmente en el campo doctrinario, sobre la validez constitucional de los denominados reglamentos de necesidad y urgencia. Mientras un sector, encabezado por los administrativistas, se inclinaba por su validez constitucional[43] y recibía el apoyo de la realidad jurisprudencial[44], aunque dentro de ciertos límites, otra corriente doctrinaria entendía que resultaban violatorios del sistema de la Constitución de 1853/60[45], por considerar, sustancialmente, que afectaban el principio de la división de poderes[46].

A partir de la reforma constitucional, puede afirmarse que el derecho de necesidad, con todas sus ventajas pero también con todos sus riesgos e inconvenientes, ha adquirido carta de ciudadanía constitucional, por lo que ya no tiene sentido discutir si la procedencia de esta clase de reglamentos se apoya en el ensanche, o bien, en la superación de las fuentes constitucionales[47]. En tal sentido, su validez constitucional encuentra apoyo expreso en el artículo 99, inc. 3 de la Constitución reformada. Este precepto, después de prohibir al Poder Ejecutivo emitir "en ningún caso" disposiciones de carácter legislativo, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, a continuación lo faculta, en rigor, a emitirlas, cuando se produzcan "circunstancias excepcionales" que "...hicieran imposible seguir los trámites previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos". A analizar dicha norma, se advierte, por de pronto, que la locución "en ningún caso" se refiere sólo a las circunstancias de normalidad. En cambio, la atribución del Poder Ejecutivo para dictar reglamentos de necesidad y urgencia se configura como una potestad excepcional y, por tanto, de interpretación restrictiva[48], sujeta a un procedimiento especial de

[43] MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, p. 263 y ss.; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1949, p. 284 y ss.; BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. II, 6° ed., Buenos Aires, 1964, p. 201; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1963, ps. 446-459; LINARES, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1986, ps. 109-119; DROMI, José Roberto, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1973, ps. 355-357; GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, cap. V, Buenos Aires, 1974, p. 38; COMADIRA, Julio R., "Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional", en *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1996, ps. 261-268; entre los constitucionalistas que se inclinaron por aceptar su constitucionalidad cabe citar desde autores de la talla de Joaquín V. GONZÁLEZ (en su *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, 1983, p. 538) hasta las opiniones vertidas con posterioridad por QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, p. 834; VANOSSI, Jorge Reynaldo, "Los reglamentos de necesidad y urgencia", LL t. II, 1987, p. 885 y ss.; SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Los decretos de necesidad y urgencia. Derecho comparado y derecho argentino", en LL 1985-E, 798; BIANCHI, Alberto B., "La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica", LL 1991-C, 141.

[44] Vid el conocido caso "Peralta" resuelto por la Corte Suprema de Justicia (LL, 27-XII-1990, 1991-C, 158) y el fallo recaído en la causa "Peso" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal , Sala IV, publicado en ED, 114-237, si bien atribuye carácter excepcional a la potestad del Poder Ejecutivo de dictar esta clase reglamentos.

[45] LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, 2° ed., t. IX, Buenos Aires, 1988, p. 691; GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1960, p. 505; BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. II, Buenos Aires, 1986, p. 229; BADENI, Gregorio, "Los decretos de necesidad y urgencia", ED 138-926; SEGOVIA, Juan Fernando, "Las providencias de necesidad y urgencia", ED, 116-911; VITOLO, Daniel Roque, *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, 1991, p. 68 y ss.; RUIZ MORENO, Horacio, "Los llamados reglamentos de necesidad y urgencia. La emergencia como motivación en las leyes y reglamentos", LL 1990-B, 1029.

[46] Ver nuestra refutación a este argumento en el trabajo "Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia en el Derecho argentino, en REDA n° 73, Madrid, 1992, p. 19 y ss.

[47] SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Derecho Constitucional y derecho de emergencia", LL, 1990-D, sec. Doctrina, p. 1039 y ss.

[48] Ha señalado Bidart Campos que "la práctica abusiva que en la cuestión exhibe el Derecho Constitucional material a partir de 1989 obliga a interpretar y aplicar el art. 99, inc. 3 con extremada severidad y excepcionalidad pese a la

sanción, que debe observarse inexcusablemente para que dichos reglamentos adquieran validez constitucional.

Es evidente también que la configuración de la reserva legal como actividad excluida de la competencia del Ejecutivo, se opera de manera expresa (a diferencia de los supuestos de delegación legislativa) y no tiene, por tanto, carácter residual, con lo que, en principio, se produce una ampliación de la competencia del Poder Ejecutivo para emitir reglamentos de necesidad y urgencia, aunque sometidos, a partir de la Constitución reformada, a una serie de requisitos formales de aprobación.

A su vez, *a posteriori* de su dictado, el perfeccionamiento de la sanción de los reglamentos de necesidad y urgencia por el Poder Ejecutivo demanda la observancia de los siguientes requisitos: a) sometimiento de la medida –por parte del Jefe de Gabinete y dentro del plazo de diez días– a la Comisión Bicameral Permanente; b) elevación del despacho de esta última Comisión al plenario de cada Cámara (dentro del plazo de diez días) para el inmediato tratamiento por las Cámaras.

Pero la Constitución reformada no ha prescripto el trámite ni los alcances de la intervención del Congreso, los que han quedado subordinados al dictado de una ley especial. En ese *interregno* cobra trascendencia la doctrina –apoyada por la jurisprudencia de la Corte Suprema– que admitía la ratificación tácita si el Congreso no se pronunciaba[49] a condición de que no se alteren los criterios fundamentales de la política legislativa. En este sentido, se ha opinado que ni siquiera la ley que reglamente el trámite y los alcances de la intervención del Congreso podría prescribir que el silencio implique la aprobación tácita del decreto de necesidad y urgencia, con fundamento en el artículo 82 CN que, al referirse al procedimiento de formación y sanción de las leyes indica que "se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta"[50]. Esta norma se refiere a la forma que debe adoptar la sanción de las leyes formales del Congreso[51], mientras que en la hipótesis de los decretos de necesidad y urgencia no se ha cumplido el procedimiento formal ni sancionado ley alguna. De todas maneras, aun cuando no se aceptara la doctrina de la aprobación tácita, la seguridad jurídica exige que se mantenga la vigencia del decreto de necesidad y urgencia hasta tanto él sea derogado formalmente por el Congreso o declarado inconstitucional por el Poder Judicial. De lo contrario, sería prácticamente imposible determinar la fecha de cesación de los efectos mientras dura la inactividad o las demoras del Parlamento en pronunciarse por la aprobación o el rechazo.

f) Instrucciones de servicio, circulares y reglamentos de organización

Las instrucciones de servicio, las circulares y los reglamentos de organización, que para algunos autores constituyen los llamados reglamentos internos de la Administración, se distinguen de los reglamentos en sentido estricto, constituyendo una categoría jurídica propia.

Las instrucciones de servicio, que cuando son de carácter general o dirigidas a varios órganos se denominan también circulares, son órdenes que los órganos superiores dan a los inferiores

jurisprudencia complaciente de la Corte en el caso 'Peralta' de 1990" (BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, p. 434, Buenos Aires, 1995).

[49] Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, ps. 266-267; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, 4° ed., Buenos Aires, 1994, p. 136; el criterio sostenido por la Corte en el caso "Peralta" (considerando 29) para validar esta clase de reglamentos señala la necesidad de que no se altere la política legislativa.

[50] Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *op. cit.*, t. VI, ps. 431-432; en idéntico sentido: PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, 1995, p. 244.

[51] Cfr. COMADIRA, Julio R., *op. cit.*, ps. 6-7.

para dirigir su actividad[52]. Su cumplimiento es obligatorio para los órganos subordinados como consecuencia del deber de obediencia que toda relación jerárquica supone, constituyendo su violación una falta de disciplina[53].

Si bien se trata de una actividad jurídica de la Administración, las circulares no obligan o vinculan jurídicamente a la Administración, no obstante esta carencia de efectos jurídicos respecto de terceros, constituyen fuente del Derecho Administrativo por cuanto regulan la actividad interna de la Administración, que se desenvuelve de acuerdo a normas y principios jurídicos[54].

Los reglamentos de organización son los dictados para estructurar los organismos o entidades del Estado, atribuyéndoles competencias, delegándoles funciones, creando cargos, etc. Se trata de una actividad que no vincula o carece de efectos respecto de terceros, rigiéndose por los mismos principios jurídicos que las circulares.

Dado que se trata de una actividad interna de la Administración, las circulares y los reglamentos organizativos no requieren de publicación[55].

g) Convenciones colectivas de trabajo

Los convenios colectivos de trabajo son acuerdos generales entre asociaciones profesionales de empleados y organizaciones sindicales para regular el contrato que rige las relaciones laborales.

Son fuente del Derecho Laboral por cuanto integran el ordenamiento jurídico[56].

Se ha afirmado que su naturaleza jurídica no es contractual, adquiriendo la categoría de reglamento administrativo en razón de la habilitación de competencia que realiza el Estado mediante la ley 14.250 y a través de la homologación. En nuestra opinión no constituyen reglamentos por cuanto la homologación no se requiere cuando los convenios se celebran ante funcionarios del Ministerio de Trabajo Su naturaleza difiere de la de los reglamentos administrativos dado que éstos son sólo dictados por órganos o entes estatales[57].

Los convenios colectivos de trabajo no son, en general, fuente del Derecho Administrativo.

Si bien los empleados de las empresas y sociedades del Estado regulan sus relaciones de trabajo mediante convenios colectivos, debe tenerse en cuenta que dichos trabajadores no son

[52] El RLNPA vigente en el orden nacional –decreto 1759/72 (t.o. por decreto 1883/91)– establece en su art. 2, que los ministros, secretarios de Presidencia y órganos directivos de los entes descentralizados podrán dirigir o impulsar la acción de sus inferiores jerárquicos mediante órdenes, instrucciones, circulares y reglamentos internos a fin de asegurar la celeridad, economía, sencillez y eficacia de los trámites. Cabe destacar que no sólo los órganos mencionados pueden dar órdenes de carácter general, sino que ello configura una atribución de todo superior jerárquico.

[53] DIEZ, Manuel María, *op. cit.*, t. T, p. 462. La Procuración del Tesoro de la Nación reiterandamente ha dictaminado que las circulares o directivas son de cumplimiento obligatorio (*Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, n° 1, ps. 30, 54, 77 y 94).

[54] MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, ps. 311-312, recuerda que el Derecho Administrativo no sólo estudia las relaciones entre la Administración y los particulares, sino también lo referente a la organización administrativa y, en particular, las relaciones de la Administración con sus agentes.

[55] El RLNPA, en su actual texto ordenado (decreto 1883/91), sólo exige la publicación de actos de alcance individual (art. 39).

[56] La ley 20.744 prevé que el contrato y la relación de trabajo se rigen por las convenciones colectivas o laudos con fuerza de tales (art. 1 inc. c). GOLDSCHMIDT, Werner, *op. cit.*, p. 194, considera que son fuentes del Derecho aun cuando se trata de repartos autónomos.

[57] BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional*, t. I, Buenos Aires, 1968, p. 780 y "El convenio colectivo de trabajo como fuente contractual y extracontractual", ED, 45-815, sostiene que su naturaleza no es contractual; BARRA, Rodolfo C., "Cogestión administrativa y autoadministración", *Universitas*, n° 3, Buenos Aires, 1973, p. 24 y ss.

agentes del Estado, y por lo tanto, la relación de empleo es un contrato regido por el Derecho Privado[58].

La ley de contrato de trabajo establece que sus disposiciones no son aplicables a los empleados de la Administración Pública nacional, provincial o municipal, excepto que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de los convenios colectivos de trabajo[59].

Pero si bien el convenio colectivo en general no es fuente del Derecho Administrativo, en algunos casos particulares o excepcionales puede configurar una fuente del ordenamiento jurídico a que se encuentran sometidos los agentes públicos.

h) Principios generales del Derecho

Los principios generales del Derecho son el origen o el fundamento de las normas, y participan de la idea básica de principalidad (en sentido ontológico) que les otorga primacía frente a las restantes fuentes del Derecho[60]. Se fundan en el respeto de la persona humana o en la naturaleza de las cosas, y por ello encierran –como apunta Rivero– la concepción del derecho natural[61].

Los códigos austríacos, español y albertino fueron los primeros que asignaron a los principios generales del derecho o principios del derecho natural el rango de fuentes del Derecho. La aplicación conjunta del dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico y del deber de fallar impuesto a los jueces implicó una revalorización de los principios para la formación del derecho en los supuestos de carencia de norma escrita.

Su auge en el Derecho Administrativo obedece a la morigeración del principio de la primacía de la ley escrita y a la falta de codificación, que hizo imposible extender a dicha disciplina la técnica de generalización creciente de las normas positivas.

Para su clasificación, desde la óptica realista del Derecho, pueden distinguirse dos grandes grupos, según se trate de los principios del derecho natural o de aquellos incorporados al ordenamiento jurídico positivo. Y, además, pueden deslindarse los principios fundamentales de aquellos que revisten carácter sectorial o institucional.

Si su violación quedara al margen de la protección jurisdiccional, ello implicaría una real denegación de justicia.

i) La equidad

La equidad, término que proviene del latín *aequitas*, que significa igualdad o justicia, constituye un principio de interpretación de las leyes o un principio General del Derecho que traduce la interpretación objetiva del derecho natural[62]. Aun cuando no sea fuente del ordenamiento jurídico, en la aplicación del derecho, la equidad acuerda un sentido valorativo o de justicia a las normas, a fin de evitar que la igualdad abstracta de la ley, en su aplicación al caso concreto, se traduzca en desigualdad o injusticia.

[58] Ley 13.653 (t.o. año 1955) y *Fallos*, 244:196; 245:271; 250:234, y Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, "Imperiale c/ YPF", JA, 1961-VI, 325.

[59] Ley 20.744, art. 2 inc. a).

[60] Para su desarrollo más extenso nos remitimos a nuestro libro *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1988, p. 29 y ss.; ver también ALTAMIRA GIGENA, Julio I., *Los principios generales del Derecho como fuente del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1972, p. 12 y ss.

[61] Ver BARBE PÉREZ, Héctor, *Los principios generales del Derecho como fuente del Derecho Administrativo en el Derecho Positivo uruguayo*, Montevideo, 1958, p. 9 y ss.

[62] BOQUERA OLIVER, José María, *Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1972, p. 137.

Se ha afirmado que se trata en definitiva de un principio general del Derecho que no aparece diferente de aquellos que nos inducen a dar a cada uno lo suyo en la proporción que les corresponde y a tratar por igual a los iguales. Se trata, en definitiva, de la justicia del caso concreto[63].

Si bien la equidad integra los principios generales del Derecho y no crea normas generales, ella reviste importancia como criterio de aplicación del Derecho. Son frecuentes las disposiciones que autorizan a los jueces legos a decidir los casos concretos de acuerdo a equidad. En el Derecho Administrativo la equidad también determina el derecho a aplicar en el caso concreto cuando, limitado el principio de ejecutoriedad del acto administrativo, se autoriza a la Administración a suspender los actos ante la interpretación de recursos para evitar daños graves a los particulares[64].

Dado nuestro sistema normativo, que intenta prever, mediante disposiciones generales y abstractas, todas las situaciones que pueden darse, la equidad es de fundamental importancia para aplicar con justicia, humanidad e igualdad sustancial las normas, adaptándolas a las circunstancias propias y concretas de las relaciones prácticas[65].

j) La Costumbre. Clasificación

La costumbre es el comportamiento uniforme y constante del pueblo, con la convicción de que tal proceder corresponde a una obligación jurídica. Son dos, por lo tanto, los elementos que integran la costumbre. El primero de carácter objetivo: el *usus*, o sea, el comportamiento constante y uniforme; el segundo, de carácter subjetivo, consistente en la convicción de que tal comportamiento es jurídicamente obligatorio (*opinio iuris vel necessitatis*).

Se sostiene que si el comportamiento debe ser de la comunidad, no serían costumbres los usos o prácticas de los órganos administrativos o jurisdiccionales[66].

Teniendo en cuenta su adecuación al ordenamiento jurídico positivo las costumbres se clasifican:

(i) costumbre *secundum legem* o sea, cuando la ley hace referencia a ella o cuando la costumbre está de acuerdo con sus normas;

(ii) costumbre *praeter legem*, también denominada supletoria o introductiva, es la que se refiere a materias no reguladas por las leyes;

(iii) costumbre *contra legem*, también denominada abrogatoria; se configura cuando se encuentra en contradicción con el ordenamiento jurídico positivo.

Dado que el Derecho es producto de la sociedad, negar que la costumbre sea fuente del Derecho, es ignorar la realidad. Sin embargo, la corriente racionalista y positivista consideraba que la costumbre *contra legem* no podía ser fuente del Derecho, en la inteligencia de que las leyes sólo podían ser derogadas por otras leyes, no por una costumbre *contra legem*.

[63] Boquera Oliver, José María, *op. cit.*, p. 137; y Altamira, Pedro G., op. cit., p. 78

[64] Altamira, Pedro G., *op. cit.*, p. 79, y Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549, art. 12, que también permite que la suspensión sea declarada de oficio.

[65] En Roma, bajo la influencia griega, la equidad se aplicaba ante la falta de derecho o cuando la aplicación de las normas positivas regugnaba a la justicia. En tal sentido, aun cuando en el ámbito del Derecho Civil, debe recordarse que el art. 1071 CC, establece que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos y que se considerará tal al que contraríe los fines que aquella tuvo en miras al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Sobre la redacción dada al artículo por la ley que reformó el CC, Borda, Guillermo, *La reforma de 1968 del Código Civil*, p. 25, afirma que el Derecho es idea moral y que la posibilidad del Derecho Positivo injusto debe ser rechazada de plano.

[66] Diez, Manuel María, *op. cit.*, t. I, p. 477.

El Código Civil, con anterioridad a la reforma del año 1968, establecía dicho principio. En cambio, en su nueva redacción dispone que "los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ello o en situaciones no regladas legalmente" (art. 17 CC), suprimiéndose el párrafo que hacía referencia a que sólo por ley podían derogarse las normas positivas. En la nueva redacción la norma prescribe la costumbre *secundum legem* y *praeter legem*, permitiendo, tácitamente, la validez de la costumbre *contra legem*, abrogatoria de una ley.

k) Los precedentes administrativos

La inutilidad de la distinción entre precedente y práctica administrativa, que postula un sector de la doctrina, viene dada por la circunstancia de que, en ambos casos, se trata de conductas o comportamientos constantes de la Administración de los cuales puede deducirse un beneficio o daño para los derechos subjetivos o intereses legítimos del administrado[67].

El precedente administrativo, cuando tiene una aplicación reiterada por parte de los órganos del Estado, constituye, a nuestro juicio, una fuente del Derecho, ya que se configura una forma peculiar en que se manifiesta la costumbre en el Derecho Administrativo[68].

Esa peculiaridad que reviste el precedente como fuente del Derecho Administrativo se refleja en la relatividad de su fuerza obligatoria y en las garantías jurídicas que deben rodear a la decisión que se aparte de una práctica constante.

De ese modo, debe reconocerse que la fuerza vinculante del precedente debe fundarse en una interpretación legítima de la ley o en la equidad, habiéndose postulado su obligatoriedad en aquellos casos en que el particular haya podido interpretar –por haberse creado una apariencia jurídica– que su conducta adecuada al precedente era ajustada a Derecho[69].

l) El papel de la jurisprudencia

La jurisprudencia, en el sentido más usual del término, es la forma habitual, uniforme o constante de aplicar el Derecho por parte de los órganos que realizan la función jurisdiccional.

La jurisprudencia es, por lo común, sólo fuente material del Derecho, en tanto puede constituir fuente formal en aquellos casos en que la doctrina de los jueces resulta obligatoria por tratarse de jurisprudencia plenaria. Pero los jueces no crean Derecho cuando están obligados a interpretar las leyes de una determinada forma, como en el caso de la obligación de seguir los fallos plenarios de la Cámara de Apelaciones o el deber moral de los tribunales inferiores de adecuar sus decisiones a las de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En estos casos, hay obligación de interpretar las normas de una determinada manera pero no se crea Derecho sino que se dice el Derecho ya existente en leyes, costumbres o principios generales.

Un papel preponderante tiene la jurisprudencia contenida en los principios uniformes que surgen de los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, por tratarse del órgano

[67] GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, ps. 325-326 (nota 17), Se dice que mientras el precedente consiste en una resolución sustantiva de la Administración, las prácticas administrativas constituyen normas usuales de eficacia interna que observan los agentes públicos en el ejercicio de su actividad.

[68] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *op. cit.*, t. I, p. 70 y ss.; sostienen que aun cuando el precedente no posea un valor normativo estricto "pueden tener un cierto valor vinculante para la propia administración, en el sentido de que apartarse de él en un caso concreto puede ser índice de un trato discriminatorio, de una falta de buena fe, de una actitud arbitraria".

[69] Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, p. 327. Tal puede acontecer en materia tributaria con los criterios que se utilizan para la determinación de impuestos.

superior de asesoramiento jurídico del Estado que tiene a su cargo la dirección del Cuerpo de Abogados del Estado, en el ámbito nacional. La jurisprudencia o doctrina que emana de sus dictámenes debe ser seguida obligatoriamente por todos los abogados que asesoran al Estado[70].

II. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

1. La Administración Nacional centralizada

a) Introducción

El conjunto de órganos y entes estatales estructurados orgánicamente para desempeñar con carácter predominante la función administrativa conforma la Administración Pública, considerada desde el punto de vista orgánico[71].

Nuestro país ha adoptado el sistema federal de gobierno, el cual supone la coexistencia de dos órdenes de autoridades y distintas organizaciones administrativas. Cada una de las provincias conserva todo el poder no delegado (art. 121 CN) dándose sus propias instituciones y rigiéndose por ellas (arts. 5 y 122 CN).

b) El gobierno federal y la distribución de competencias según la Constitución Nacional

La Constitución Nacional distribuye el poder del Estado entre la Nación y las provincias.

Para la distribución de poderes o atribuciones existen tres técnicas constitucionales: a) fijar la competencia de Estado Federal y reservar las facultades no enumeradas taxativamente a las provincias, tal como lo hace el artículo 121 de la Constitución Nacional; b) establecer en forma rígida las competencias de las provincias, atribuyendo al Estado Nacional las facultades no asignadas a aquellas; y c) enumerar los poderes de ambos gobiernos[72].

Si nos atenemos al ámbito y al modo como han sido asignadas las atribuciones estatales, ellas pueden clasificarse de la siguiente forma[73].

(i) delegadas al gobierno federal (arts. 75, 99 y 100 CN);

(ii) conservadas por las provincias (arts. 5 y 122 CN);

(iii) concurrentes, atribuidas a ambos gobiernos (arts. 75 inc. 18 y 125 CN).

Un criterio similar puede aplicarse respecto de las prohibiciones que estatuye la ley suprema, clasificándolas del siguiente modo:

(i) concernientes al gobierno federal (art. 32 CN);

(ii) relativos a las provincias (arts. 126 y 127 CN y todas las demás atribuciones delegadas en la Nación);

[70] Ley 12.954, art. 6 y dec. 34.952/47, art. 4.

[71] Lo apuntado en el texto no implica contradecir la concepción institucionalista sobre la Administración que hemos sostenido antes y que permite visualizar la existencia de un conjunto de órganos permanentes que se diferencian del Gobierno. Ello demuestra que el concepto de Administración es una idea análoga en el sentido de que se aplica a varios objetos de un modo que no es del todo idéntico ni del todo diferente. El sentido subjetivo que usamos en el texto es meramente descriptivo o formal.

[72] Bidart Campos, Germán J., *Derecho Constitucional*, T. I, Buenos Aires, 1968, p. 490.

[73] González Calderón, Juan A., *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1943, ps. 147-148.

(iii) atinentes a ambos gobiernos (arts. 28 y 29 CN).

c) El Poder Ejecutivo Nacional

De acuerdo a la Constitución Nacional el Poder Ejecutivo se halla desempeñado por un ciudadano que ostenta el título de Presidente de la Nación Argentina, quien es el Jefe Suprema de la Nación y responsable político de la administración general del país (CN, arts. 87 y 99 inc. 1).

d) Competencia del Poder Ejecutivo

Las atribuciones del Poder Ejecutivo se encuentran expresamente previstas en los distintos incisos del artículo 99 de la Constitución Nacional, aun cuando esta enumeración no es taxativa, ya que la misma se completa con otras disposiciones de la propia Constitución. En tal sentido, no se requiere norma expresa para asignar funciones al Ejecutivo por cuanto las funciones estatales no asignadas a otros poderes le pertenecen[74].

En una sistematización de sus atribuciones, teniendo en cuenta la índole de la actividad material desarrollada, ellas pueden clasificarse en[75]:

(i) facultades de gobierno o políticas: adjudicadas por el artículo 99, inciso 1, de la Constitución Nacional y en otros incisos del mismo artículo (4, 11 y 15) se ejercen en un marco de discrecionalidad en cuanto al poder de iniciativa, no obstante que se trata siempre de una actividad vinculada a la Constitución Nacional[76];

(ii) facultades normativas: se encuentran atribuidas básicamente por el inciso 1 del artículo 99 de la Constitución. Por dicha norma "expide las instrucciones y reglamentos" asignándosele potestad para el dictado de reglamentos de ejecución. La potestad para dictar reglamentos delegados surge del artículo 76 de la Constitución Nacional;

(iii) facultades colegislativas: participa de la actividad tendiente al dictado de leyes por el Congreso. El artículo 99, inciso 3, establece que "participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga, y hace publicar"; puede presentar al Congreso proyectos de leyes, teniendo el derecho de iniciativa[77]. En circunstancias de excepción dicta decretos de necesidad y urgencia.

Al propio tiempo, el Poder Ejecutivo hace anualmente la apertura de las sesiones del Congreso, recomendando las medidas que juzgue necesarias y convenientes (art. 99 inc. 8 CN); prorroga las sesiones ordinarias del Congreso y convoca a extraordinarias (art. 99 inc. 9 CN);

(iv) facultades administrativas: como jefe supremo de la Nación y responsable político de la administración general del país le corresponde la titularidad de la función administrativa (art. 99 inc. 1 CN).

(v) facultades jurisdiccionales: las funciones jurisdiccionales de los órganos del Poder Ejecutivo han sido aceptadas por nuestro más alto tribunal a condición de que exista un control judicial posterior suficiente[78], con amplitud de debate y prueba.

[74] BIDART CAMPOS, Germán J., *op. cit.*, t. II, p. 73.

[75] VALIENTE NOAILLES, Carlos, *Manual de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, T. I, Buenos Aires, 1970, p. 3 y ss.

[76] BIDART CAMPOS, Germán J., *op. cit.*, t. II, p. 73.

[77] BIDART CAMPOS, Germán J., *op. cit.*, t. II, p. 91, señala que la publicación y promulgación de las leyes no constituyen funciones legislativas.

[78] *Fallos*, 247:646, *in re*, "Fernández Arias, Elena c/ Poggio, José s/ sucesión"; VALIENTE NOAILLES, Carlos, op. cit., ps. 33-34.

2. La Administración descentralizada

a) Distintas formas jurídicas que puede revestir la descentralización administrativa

En nuestra organización administrativa el fenómeno de la descentralización da origen a distintas especies de entidades públicas estatales según los fines que éstas persigan y el régimen jurídico que las tipifica.

Por su parte, si nos atenemos a la clasificación tradicional de la descentralización administrativa observamos que el panorama de la llamada descentralización "institucional o funcional"[79] es más rico en materia de formas y regímenes jurídicos, que el existente en la descentralización "territorial".

• *Descentralización territorial*

El caso típico de entidad descentralizada territorial lo constituye, en nuestro sistema, el Municipio. Su competencia no se extiende más allá del territorio que delimita el ámbito geográfico de validez de las normas generales y actos administrativos que emanan de sus órganos. En otros países, como en Italia, se considera también que la región configura una entidad descentralizada, de base territorial[80], pero nuestro ordenamiento no les atribuye personalidad, no obstante hallarse esta figura recogida en la legislación positiva, a efectos de la planificación de los regímenes de promoción industrial[81].

Las entidades descentralizadas territoriales ostentan, por lo común, dentro de la circunscripción en que desenvuelven su accionar, una competencia general para conocer en asuntos administrativos de carácter local[82].

• *Descentralización institucional*

Si se parte de la teoría de las personas jurídicas públicas y del dato central y común de su pertenencia o encuadramiento en la organización administrativa[83] se advierte principalmente la existencia de las siguientes entidades:

1. *Entidades autárquicas*

Son aquellas que se caracterizan por llevar a cabo cometidos típicamente administrativos (no industriales y comerciales) con un régimen esencial de Derecho Público. Tal es el supuesto, entre nosotros, de las universidades[84].

2. *Empresas del Estado*

Se trata de una especie peculiar de entidad estatal, llamada por algunos también "empresa pública", que desarrolla una actividad comercial o industrial con un régimen jurídico entremezclado que combina el Derecho Público con el Derecho Privado[85]. Sin desconocer que la finalidad

[79] Garrido Falla, Fernando, *Administración Indirecta del Estado y Descentralización Funcional*, p. 105 y ss.

[80] Landi, Guido – Potenza, Giuseppe, *Manuale di Diritto Amministrativo*, ed. Giuffrpe, Milano, 1971, ps. 374-384.

[81] Cassagne, Juan Carlos, "Problemática y aspectos administrativos de la regionalización industrial", LL, t. 155, p. 1096 yss.

[82] Vitta, Cino, *Diritto Amministrativo*, t. I, UTE, Torino, 1962, p. 164, quien señala que este tipo de entidades se caracterizan por su pluralidad de fines, a contrario, de lo que acontece con las de carácter "institucional" que se constituyen para un fin exclusivo o al menos principal.

[83] Nota que por otra parte había señalado, hace ya medio siglo, el gran jurista francés Hauriou (cfr. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, París, 1906, p. 105).

[84] Luqui, Juan Carlos, *Régimen Jurídico de la Universidad Oficial*, Depalma, Buenos Aires, 1968.

[85] Brewer Carías, Allan Randolph, *Las Empresas Públicas en el Derecho Comparado*, Caracas, 1967, p. 65 y ss., especialmente p. 73 y 74.

comercial e industrial a cumplir por la entidad constituye la razón de ser que justifica el nacimiento de esta figura jurídica, nuestra legislación ha previsto también la posibilidad de que las actividades comerciales o industriales puedan, a su vez, configurar un servicio público[86].

La denominación de "Empresas del Estado" constituye entre nosotros un tipo jurídico especial instituido por la ley. En Francia, la crisis que se produce en la concepción de establecimiento público, condujo a la introducción, en el marco de la organización administrativa, de una nueva entidad que recibió el nombre de "establecimiento público comercial e industrial"[87] y que guarda similitud con nuestra "Empresa del Estado".

3. *Entidades descentralizadas atípicas*

La realidad demuestra también que en casi todos los países (y él nuestro no ha escapado a este proceso) junto a los dos tipos jurídicos indicados precedentemente coexisten también formas jurídicas intermedias o entidades que ostentan una regulación normativa específica para la entidad que el Estado funda o crea[88].

III. LA ACTUACIÓN ESTATAL REGULADA POR EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. EL RÉGIMEN EXORBITANTE COMO NOTA PECULIAR DEL DERECHO PÚBLICO

El sistema del Derecho Público contiene, como rasgo típico, una compleja gama de poderes o potestades jurídicas administrativas[89] que integran el denominado régimen exorbitante del Derecho Privado.

Esa idea sobre el régimen exorbitante, típico del Derecho Público, históricamente conectada con la concepción continental del *régime administratif* elaborada por la doctrina francesa[90] resulta opuesta a la imperante en un tiempo en los países anglo-sajones[91], donde la Administración carece, en principio, de prerrogativas de poder público aunque, en la práctica, el sistema de sanciones por incumplimiento de las decisiones legítimas de los órganos administrativos funciona como un sucedáneo de los poderes que la Administración posee en los países de Europa continental[92].

Es curioso observar, por otra parte, que mientras nuestro modelo constitucional se ubica en la línea judicialista que adopta la Constitución de Estados Unidos de América, las instituciones

[86] Art. 1, ley 13.653, modificada por las leyes 14.380 y 15.023. En este caso (servicio público de naturaleza comercial o industrial) la norma prescribe que todo lo atinente al "servicio público" se rige por el Derecho Público.

[87] VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, París, 1968, p. 641 y ss.

[88] CASSAGNE, Juan Carlos, "Condición y régimen jurídico de la empresa Ferrocarriles Argentinos", ED 31-1048 y ss.

[89] Ver MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1977, p. 603 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1974, p. 277.

[90] LAUBADÈRE, André de, *Traité Elémentaire de Droit Administratif*, t. I, Paris, 1970, ps. 28-29.

[91] WADE, H. W. R., *Derecho Administrativo*, Madrid, 1971, traducción del inglés, p. 3 y ss., donde el autor destaca el abandono de la concepción original, según la cual eran los jueces y la ley común quienes decidían los conflictos entre la Administración y el administrado. Hoy día se habla en Inglaterra de un verdadero "Derecho Administrativo", en un proceso de profunda crisis del *rule of law*.

[92] Idea que expusimos en "La ejecutoriedad del acto administrativo", en *Acto y Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, 1970, p. 74.

vernáculas del Derecho Administrativo han seguido las aguas de la doctrina continental europea. Sin embargo, no debe verse en ello contradicción alguna dada la existencia de países con régimen judicialista, en los que la Administración tiene atribuidas potestades propias del sistema exorbitante, impuesto por la naturaleza de sus costumbres y tradiciones históricas[93].

¿Qué configura el régimen exorbitante? Tal expresión constituye un término convencional, un valor entendido sólo utilizable en sentido técnico por cuanto, en realidad, no puede sostenerse que el Derecho Administrativo se encuentre en una situación de exorbitancia respecto del Derecho Privado. En todo caso, el Derecho Público regula contenidos que le atañen exclusivamente, que no entran en conflicto con el sistema del Derecho Privado. El origen de la expresión es probable que obedezca a la circunstancia de que el Derecho Privado se aplicaba, en los comienzos de este proceso, en forma residual y directa, a un Derecho Administrativo escasamente desarrollado, pero el concepto adquiere un nuevo sentido a partir de los sistemas que reconocen la existencia de prerrogativas de poder público a favor de la Administración.

De ese modo, el Derecho Público como categoría histórica determina la configuración de un régimen administrativo como característica peculiar, siendo el efecto y no la causa cualificante de la naturaleza pública o privada del ordenamiento jurídico. Esa peculiaridad no obsta, empero, a la existencia de instituciones y normas administrativas donde el instrumento utilizado no es la prerrogativa excepcional del ente público ni una técnica de coacción sino una competencia ampliatoria de la esfera de los derechos de los administrados, tal como ocurre en materia de fomento[94].

El contenido del régimen exorbitante, restringido por la doctrina clásica a la prerrogativa del poder público, incluye no sólo las potestades que reflejan el *imperium* estatal sino aquellos otros poderes que configuran las garantías que el Derecho Público consagra a favor de los particulares[95]. Y esta ecuación o equilibrio entre las prerrogativas de la Administración y las garantías de los administrados es la base fundamental de la armonía y justicia del sistema administrativo.

2. CONTENIDO DEL RÉGIMEN EXORBITANTE: LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN

La prerrogativa, como figura o institución jurídica, pertenece a la categoría de las potestades o poderes (en sentido estricto), cuya concepción pertenece, fundamentalmente, a la doctrina italiana[96].

Las principales prerrogativas[97], cuya unificación se ha intentado realizar a través de su encuadre en el principio de autotutela, sin agotar su enumeración, son:

[93] MARTINS, Daniel Hugo, *Objeto, contenido y método del Derecho Administrativo en la concepción integral del mundo del derecho*, Montevideo, 2000, p. 325, indica como una de las coincidencias mayoritarias de la doctrina la aceptación de que el ordenamiento administrativo es exorbitante del Derecho Privado.

[94] GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, Madrid, 1966, p. 263 y ss.

[95] En un trabajo anterior, Barra había sostenido –con acierto– que existía una suerte de ambivalencia inherente al régimen exorbitante, la cual se manifestaba en la generación de derechos y obligaciones entre las dos partes de la relación (cfr. BARRA, Rodolfo Carlos, "La intangibilidad de la remuneración del contratista particular en los contratos administrativos", ED, 62-731). Dicha postura fue desarrollada posteriormente con sólida fundamentación por dicho jurista (cfr. BARRA, Rodolfo Carlos, *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos. Aires, 1980, p. 152 y ss).

[96] ROMANO, Santi, *Fragmentos de un diccionario jurídico*, trad. del italiano, Buenos Aires, 1964, p. 297 y ss.

[97] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *op. cit.*, t. I, p. 200.

2.1 La creación unilateral de deberes y vínculos obligacionales

A diferencia de lo que acontece en el Derecho Privado, una de las partes de la relación jurídica administrativa posee la facultad de crear unilateralmente vínculos obligacionales y deberes a cargo de los administrados, que se constituyen en deudores u obligados de las respectivas prestaciones. Esta prerrogativa, que se funda en la presunción de legitimidad, se conecta con el llamado *privilège du préalable* por cuyo mérito la Administración resuelve de manera previa a la decisión judicial[98] dando nacimiento al deber u obligación del administrado. Su ejercicio requiere siempre de una norma atributiva de la potestad y de la competencia necesaria para la actuación del órgano o ente administrativo.

2.2 La presunción de validez o legitimidad de los actos administrativos

Trátase de una presunción provisional de los actos estatales, que acompaña las funciones y poderes que la norma fundamental asigna a los órganos que componen la estructura constitucional del Estado, para realizar en forma eficaz las funciones públicas que debe satisfacer en la prosecución del bien común cuya administración le corresponde. Supone que el respectivo acto dictado por un órgano estatal se ha emitido de conformidad al ordenamiento jurídico[99] y en ella se basa el deber u obligación del administrado de cumplir el acto[100].

De no existir tal principio, toda la actividad estatal podría ser cuestionada con la posibilidad de justificar la desobediencia como regla normal en el cumplimiento de los actos administrativos, obstaculizando el cumplimiento de los fines públicos como consecuencia de anteponer el interés individual y privado al interés de la comunidad[101], sin atender a la preponderancia que aquéllos representan[102] como causa final del Estado.

2.3 El principio de la ejecutoriedad

Es un típico privilegio "hacia afuera"[103] que habilita a los órganos que ejercen la función materialmente administrativa para disponer la realización o cumplimiento del acto sin intervención judicial, apelando excepcionalmente al uso de la coacción dentro de los límites dispuestos por el ordenamiento jurídico[104].

Constituye una prerrogativa propia de la función administrativa, encontrándose atribuida, en el orden nacional, en el artículo 12 de la LNPA, el cual si bien emplea la expresión "fuerza ejecutoria"[105], es indudable que consagra el principio conocido en la doctrina italiana[106] y un

[98] RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, Paris, 1977, p. 88 y ss., quien ha sostenido que se trata de la creación por vía unilateral de una nueva situación jurídica que tiene a su favor una presunción de conformidad al derecho; ver también, LAUBADÈRE, André de, *op. cit.*, t. I, p. 282 y ss.

[99] MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrrot, 1966, ps. 368-369.

[100] CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, p. 328.

[101] Aunque el beneficiario, en definitiva, de ese sacrificio individual en aras del interés colectivo deba ser siempre el hombre.

[102] CRETELLA JUNIOR, José, "Principios fundamentales del Derecho Administrativo", en *Estudios en homenaje al Profesor López Rodó*, t. I, Madrid, 1972, ps. 52-53.

[103] GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1972, ps. 52-53.

[104] Nos remitimos a lo expuesto en *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Buenos Aires, 1971, p. 21 y ss.

[105] BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, 6ª ed., t. II, Buenos Aires, 1964-1966, p. 89 y ss.

[106] ALESSI, Renato, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1958, p. 206; SANDULLI, Aldo M., *Manuale di diritto amministrativo*, 10ª ed, Napoli, 1970, p. 355; GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, t. I, Milano, 1970, p. 590, denomina a esta prerrogativa "autotutela"; VITTA, Cino, *Diritto amministrativo*, t. I, Torino, 1962, p. 439 y ss.; ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1954, ps. 373-374.

sector de la española[107] y argentina[108] bajo el nombre de "ejecutoriedad" del acto administrativo.

3. Continuación. Las garantías del administrado

El equilibrio que debe presidir las situaciones subjetivas (activas y pasivas) que vinculan recíprocamente a la Administración Pública con el administrado requiere que, junto a la prerrogativa estatal, se configure un justo y sólido sistema de garantías que compensen de algún modo las situaciones de sujeción en que se halla el administrado frente a las potestades públicas.

La garantía, conforma un mecanismo que hace a la seguridad jurídica del administrado[109] y constituye, en su esencia, una potestad general abstracta e irrenunciable cuyo ejercicio deviene en un derecho subjetivo o interés legítimo en la relación singular que se entable entre el Estado (*lato sensu*) y los sujetos privados. Su fundamento es, como ya lo expresamos, la realización de la justicia distributiva en cuanto ella asegura y permite realizar la distribución del bien común (libertad, propiedad, igualdad, etc.) entre los administrados en las relaciones jurídicas que los ligan con la Administración.

Sin embargo, del hecho de que no pueda renunciarse genéricamente a una garantía no se deriva necesariamente la imposibilidad de renunciar al derecho que comporta el ejercicio de la misma[110], en tanto se trate de una renuncia que no afecte el orden público.

Al analizarse las garantías del administrado es posible sistematizarlas según contemplen regulaciones sustantivas o adjetivas.

3.1 Garantías sustantivas

Emanan de la Constitución y hacen a la protección de los derechos fundamentales del administrado, siendo recogidas por el Derecho Administrativo sustantivo o de fondo en virtud de su relación de dependencia respecto del ordenamiento constitucional. Excepcionalmente, se desarrollan por vía legislativa pero, aun en tal caso, poseen basamento constitucional.

La proyección de esas garantías al ámbito de las relaciones entre Administración Pública y administrados es materia concerniente al Derecho Administrativo, en cada una de cuyas instituciones tienen un desarrollo propio, vinculándose, no obstante, estrictamente entre sí y con los principios fundamentales de la disciplina.

- *La garantía de la igualdad*

Se trata de un principio que encuentra su causa en los requerimientos de la justicia distributiva y el mismo no consiste en una igualdad de tipo aritmético sino proporcional a la condición en que cada sujeto se halla frente al bien común susceptible de reparto.

[107] Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. 533 y ss.

[108] Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, t. II, p. 374 y ss.; Escola, Héctor Jorge, *Tratado general de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, 1973, p. 66 y ss.; Fiorini, Bartolomé A., *Teoría jurídica del acto administrativo*, p. 139 y ss.; Cassagne, Juan Carlos, *La ejecutoriedad del acto administrativo*, p. 41 y ss.

[109] Sobre la posibilidad de que los administrados ejerciten potestades frente a la Administración. García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón, *op. cit.*, t. II, Madrid, 1977, p. 29.

[110] Romano, Santi, *op. cit.*, p. 342.

El principio de la igualdad tiene arraigo constitucional en nuestro derecho (art. 16, CN) recogiéndose en el sistema jurídico regulatorio de importantes sectores de nuestra disciplina (vgr. selección de contratistas, creación y aplicación de tributos, acceso a la función pública, etc.).

Una proyección del principio de igualdad en el Derecho Administrativo aparece en materia reglamentaria, por la exigencia de la publicación obligatoria de los reglamentos como condición previa de su aplicación[111] principio que la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos prescribe en su formulación[112].

· *El principio de legalidad*

Nuestro estatuto fundamental consagra la garantía de legalidad en su artículo 19 y en otras normas complementarias como los artículos 16, 17, 18 y 28 de la Constitución Nacional[113], principio que reposa en un fundamento de seguridad[114] y de justicia[115], por cuanto se objetivan la competencia y los fines de la actividad de la Administración que no quedan librados al arbitrio subjetivo del gobernante o del funcionario.

El principio de legalidad, en la realidad constitucional argentina, importa el establecimiento de las siguientes reglas: 1) toda afectación o limitación sustancial a los derechos de propiedad y de libertad de los administrados ha de ser impuesta por ley formal; 2) los reglamentos y actos administrativos que afecten o limiten tales derechos individuales deben fundarse en preceptos legales (desde el punto de vista formal) o constitucionales[116].

· *La garantía de razonabilidad o justicia*

Las personas no quedan al total arbitrio del Estado y no siempre ha de considerarse bueno, justo o razonable lo que el legislador estatuye.

El artículo 28 de la Constitución Nacional, al prescribir que los derechos no pueden ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio, consagra el principio de la razonabilidad o justicia como regla sustancial del comportamiento del Estado, estatuyendo un principio que, aun cuando parezca referirse a las leyes formales, se extiende también a las leyes en sentido material[117] y a los actos administrativos.

[111] RIVERO, Jean, *op. cit.*, ps. 92-93. La doctrina nacional había reconocido también el principio: MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, ps. 339-340, y lo propio había hecho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 191, p. 142 y ss.)

[112] LNPA, art. 11. Al respecto, mantenemos nuestra opinión en el sentido de que la última parte de esta norma –que permite a los administrados solicitar la aplicación de un reglamento antes de su publicación cuando no se causa perjuicio a terceros–, resulta inconstitucional por afectar el principio de igualdad emergente del art. 16 de la CN (cfr. *El acto administrativo*, p. 104).

[113] Cfr. LINARES, Juan Francisco, *Poder discrecional administrativo*, p. 55, nota 3, Buenos Aires, 1958.

[114] BIDART CAMPOS, Germán J., *op. cit.*, t. 2, p. 111.

[115] SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Mundo jurídico y mundo político*, p. 237, apunta, en coincidencia con Bidart Campos, que el derecho positivo tiene normalmente un contenido mínimo de justicia en el aspecto formal que hace al respecto de la seguridad jurídica, aunque señala también que "la magnificación de este valor ha llevado a una imagen deshumanizada del mundo jurídico, convirtiendo al hombre de derecho en un robot que aplica fríamente la norma por la norma misma, omitiendo la injusticia que pueda anidar en ese derecho positivo".

[116] LINARES, Juan Francisco, *op. cit.*, p. 55.

[117] SAMPAY, Arturo Enrique, *La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, 1975, p. 45. Adviértase también que el Preámbulo de la Constitución alude virtualmente a esta garantía al consignar entre los propósitos que guiaron a los constituyentes el de "afianzar la justicia", expresión que no cabe, por cierto, limitarla a la labor judicial o tribunalicia.

· *Concepto amplio de legitimidad*

Los distintos elementos del acto administrativo son susceptibles de articularse bajo el principio genérico de legitimidad, comprensivo de la legalidad objetiva (aspecto normativo o reglado) y de la razonabilidad o justicia, exigiéndose tanto en la parte reglada del acto (razonabilidad de la norma o precepto que predetermina o condiciona la actuación) como en la parte discrecional del respectivo acto. Esta interpretación acerca del principio de legitimidad ha sido recientemente reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Solá"[118].

· *La garantía de la propiedad frente a los actos de los poderes públicos*

Nuestra ley suprema reconoce la existencia del derecho de propiedad privada, al propio tiempo que autoriza a disponer su sacrificio para satisfacer las necesidades propias de la comunidad o bien común (art. 17, CN) mediante el procedimiento de expropiación por causa de utilidad pública.

La protección del derecho de propiedad se lleva a cabo a través de la institución de un sistema de garantías pertenecientes al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo, las cuales configuran muchas veces el apoderamiento de verdaderas potestades a favor de los administrados, frente a la Administración Pública.

El régimen de garantías refléjase en el poder jurídico atribuido al particular para obtener el respeto y observancia de principios fundamentales de muchos institutos del Derecho Público, tales como:

(i) la previa declaración formal de utilidad pública y previa y justa indemnización para la procedencia de la expropiación (art. 17, CN y arts. 10 a 17 y art. 29, 2ª parte de la ley 21.499).

(ii) el derecho a demandar la retrocesión del bien expropiado cuando no se cumplió la finalidad que motivó la expropiación (arts. 35 al 50, ley 21.499).

(iii) la facultad de accionar judicialmente demandando la expropiación irregular (art. 51, ley 21.499)[119].

(iv) el principio según el cual toda ejecución coactiva sobre los bienes del administrado ha de ser dispuesta por los órganos judiciales[120].

(v) el mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato que incluye la intangibilidad de la remuneración del contratista particular en el contrato de obras públicas (la cual comprende tanto el mayor costo previsible como el imprevisto)[121] se realiza en virtud de exigencias de justicia conmutativa, habida cuenta que en un contrato no se le debe al contratista el reparto de un bien común sino "lo suyo", lo que le es propio e integra su derecho de propiedad[122] a diferencia de las relaciones fundadas en la justicia distributiva, donde se distribuye o participa una porción de dicho bien, en función a la condición o posición de cada uno en el seno de la comunidad[123].

[118] *ED*, nro. 9545, Suplemento de Derecho Administrativo del 17-VII-1998, publicado con nuestro comentario.

[119] CASSAGNE, Juan Carlos, en el trabajo "La ley nacional de expropiación nro. 21.499", Buenos Aires, 1977, ps. 45-46.

[120] Con las excepciones que admitimos en materia de autotutela del dominio público, demolición de edificios que amenazan ruina e incautación de bienes nocivos a la salud y seguridad de los habitantes (cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Buenos Aires, 1970, p. 71).

[121] Se trata, a nuestro juicio, de una responsabilidad a cargo de la Administración, en el marco de relaciones propias de la justicia conmutativa, ya que existe una relación de proporción entre la cosa con la cual se paga lo debido y aquello que es derecho para la persona a quien se paga, aun cuando una de las partes de la relación sea la persona jurídica Estado.

[122] Una interpretación distinta sostiene BARRA en el trabajo a que hemos hecho referencia, publicado en ED, 62-727.

[123] Un pasaje de la *Suma Teológica* describe admirablemente "lo distribuido" por un acto de justicia distributiva señalando que en esta última "... se da algo al individuo en la medida en que lo que pertenece al todo corresponde también a la parte".

(vi) la estabilidad de los actos administrativos que impide la revocación en sede administrativa de los actos irregulares que hubieren generado derechos subjetivos[124] a favor del administrado y de los actos regulares (arts. 17 y 18, LNPA, con las modificaciones de la ley 21.686).

(vii) la obligación de indemnizar al administrado los perjuicios provocados por la revocación de un acto administrativo por razones de oportunidad dispuesta por la Administración Pública (art. 18 *in fine* de la LNPA).

Tratándose de un acto administrativo, de estructura unilateral, se aplican, en principio, las reglas indemnizatorias que rigen al instituto de la expropiación dadas las similitudes existentes entre una y otra figura jurídica[125], excluyendo, en principio, el lucro cesante.

En materia contractual, la indemnización debe ser plena, dada la necesidad de restablecer las condiciones originarias, bases de la contratación, que constituyen la ley del contrato, cuyas disposiciones obligan "como la ley misma" (art. 1197, CV), obligación de justicia que no tiene su fuente en la materia objeto del contrato sino en el hecho mismo del acuerdo sobre la materia lícita[126].

En cualquier caso, el interés público que funda la revocación debe hallarse previamente declarado o contenido en una ley formal, no pudiendo consistir en un mero cambio de criterio de la Administración sobre la apreciación del interés público en el cual se fundamentó el acto administrativo originario.

En tales supuestos, el órgano administrativo debe consignar, con carácter previo, el importe de los perjuicios estimados a fin de respetar, en toda su plenitud, el principio de la "previa indemnización" propio de la materia expropiatoria[127] aplicable a la revocación por razones de mérito.

· *Garantías adjetivas*

Todo el procedimiento administrativo puede ser analizado no sólo desde el punto de vista de los poderes jurídicos que confiere a la Administración Pública, otorgados en función al interés público o bien común que ella tiende a satisfacer[128], sino también como garantía de los derechos e intereses de los administrados.

Ha dicho Pieper que la naturaleza de las cosas exige que el 'distribuyente' mire a la persona recipiendiaria, mientras que el 'pagador' únicamente debe reparar en el valor de la cosa (cfr. PIEPER, Josef, *Justicia y Fortaleza*, Madrid, 1968, p. 149); ver CASARES, Tomás, *op. cit.*, p. 62.

[124] ESTRADA, Juan Ramón de, *La primera reforma de la ley nacional de procedimiento administrativos*, *ED*, Legislación Argentina nro. 1, año 1978, p. 3 y ss., considera que el acto afectado por una nulidad absoluta no puede generar derechos subjetivos, entendiendo que la utilización del término *derechos subjetivos* "acarreará nuevas divergencias" (cfr. *op. cit.*, ps. 4 y 5). Compartimos esta última afirmación y pensamos que la redacción del anterior texto de la norma era superior a la actual. En cuanto al argumento de que la nulidad absoluta no puede generar derechos subjetivos ello es rigurosamente cierto pero en tanto tal nulidad haya sido declarada por los jueces y en este sentido creemos que puede postularse la estabilidad de ciertos actos administrativos irregulares en sede administrativa.

[125] MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, p. 600 y ss. La Corte ha sustentado el criterio expuesto en el texto en el caso "Motor Once S.A.C. e I. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ nulidad de acto jurídico" (recurso de hechos, M-888-XXI, de fecha 9 de mayo de 1989).

[126] CASARES, Tomás D., *op. cit.*, ps. 44-45. Este es el criterio que rige actualmente en la jurisprudencia de la Corte Suprema; (C.S., septiembre 20-1984 "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad", publicado en *ED*, 111-551, con nota de Alberto B. BIANCHI). Esta sentencia ha merecido el comentario de Miguel S. MARIENHOFF: "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado. Lo atinente a la revocación de actos o contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia", *ED*, 114-949.

[127] Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo*, 2ª ed., p. 406.

[128] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *op. cit.*, t. II, Madrid, 1977, p. 363.

En este último sentido, de un modo general, sin perjuicio de las otras finalidades o funciones que desempeñan, los recursos administrativos constituyen sin duda una garantía a favor de los administrados, articulada por el derecho objetivo, que no existe en el plano de la actividad de los sujetos privados, donde sólo rigen las garantías judiciales.

Sin embargo, tal garantía funciona también como una prerrogativa estatal, en aquellos supuestos en los cuales el ordenamiento jurídico consagra la exigencia de agotar la instancia administrativa a través de la vía recursiva, antes de promover la demanda en sede judicial (vgr., art. 23, inc. a], LNPA).

A su vez, dentro del procedimiento administrativo existen determinados principios que desempeñan el papel de garantías a favor del administrado o recurrente, integrando el cuadro garantístico del denominado "régimen exorbitante".

IV. EL ACTO ADMINISTRATIVO

1. La actividad de la administración con relación a terceros

El conjunto de actividades llevadas a cabo por la Administración Pública produce sus efectos en el plano externo, es decir, con repercusión directa sobre los administrados, así como en el orden interno de la propia organización administrativa, o bien puede generar otro tipo de relaciones jurídicas, las cuales se caracterizan por crear un vínculo estrictamente inter-administrativo entre sujetos o entidades estatales.

La teoría de la relación inter-orgánica, como concepción opuesta a la típica que surge del acto administrativo, sufrió los embates de un sector de la doctrina[129] no obstante lo cual cabe apuntar que muchas de las opiniones jurídicas clásicas sostenidas en el derecho comparado[130] se inclinaron a favor del reconocimiento de los actos que emanaban de la actividad interna de la Administración, como una categoría autónoma y distinta al acto administrativo[131].

2. Los hechos administrativos

Los hechos administrativos de carácter subjetivo constituyen una especie de hecho jurídico signado por caracteres propios, habida cuenta de la necesaria presencia de un órgano estatal para que ellos se configuren. Son comportamientos materiales u operaciones que traducen el

[129] Fiorini, Bartolomé, *Teoría jurídica del acto administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 23; Gordillo, Agustín A., *El acto administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1969.

[130] Zanobini, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, t. II, Milano, 1958, ps. 269-270; Rivero, Jean, *Droit Administratif*, Paris, 1977, p. 91; Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, México, 1944, ps. 202-203; García Trevijano Fos, José Antonio, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1967, p. 191 y ss.; Sandulli, Aldo M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1970, p. 349.

[131] Cassagne, Juan Carlos, *El acto administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, ps. 111-116. Como allí se demuestra, el régimen jurídico del acto interno de la Administración es notoriamente distinto del correspondiente al acto administrativo.

ejercicio de una actividad física de los órganos administrativos[132] a diferencia de los actos administrativos que son siempre producto de una declaración, es decir, de una exteriorización al plano jurídico de un proceso intelectual[133].

Las conductas que configuran tales hechos administrativos pueden ser realizadas en cumplimiento de un acto administrativo anterior e, inclusive, hay hechos que permiten discernir la presencia de una voluntad tácita de la Administración[134].

3. Las llamadas vías de hecho administrativas

El concepto de vía de hecho administrativa, obra de la jurisprudencia francesa[135], pertenece al campo de la ilegitimidad y comprende todos aquellos comportamientos materiales que, sin alcanzar a configurar una declaración, implican una grosera o grave violación del ordenamiento jurídico[136].

La LNPA[137] señala, a título enunciativo, dos supuestos de vía de hecho: a) el comportamiento material[138] que sea lesivo de un derecho o garantía constitucional y b) la puesta en ejecución de un acto hallándose pendiente algún recurso administrativo de los que en virtud de norma expresa impliquen la suspensión de su ejecutoriedad o que, habiéndose resuelto, no fuere notificado.

En el sistema argentino de la LNPA es evidente, a nuestro juicio, que la lesión que la configura debe implicar un ataque efectivo, un comportamiento material, que como tal sea tangible, no bastando con la lesión potencial o una mera amenaza de sufrir perjuicio.

4. El acto administrativo: concepto

El acto administrativo pertenece a la categoría de los actos jurídicos voluntarios. Pero aun partiendo de este presupuesto esencial cabe reconocer diferencias entre el acto administrativo y el acto jurídico privado, las cuales justifican la existencia de una teoría propia para esta importante categoría del Derecho Público.

En el Derecho Privado sólo adquiere condición de acto jurídico la declaración encaminada a producir en forma inmediata una modificación del orden jurídico (art. 944, CV), mientras que en el Derecho Público el acto administrativo abarca un espectro más amplio, incluyendo también aquellas declaraciones que no persiguen esa finalidad en forma inmediata sino mediata.

[132] Zanobini, Guido, *Corso di diritto Amministrativo*, t. I, Milán, 1958, p. 241 y ss. Por lo común se reserva la expresión hecho administrativo para el hecho subjetivo humano, proveniente de un órgano administrativo.

[133] Cassagne, Juan Carlos, *El acto administrativo*, 2ª ed., p. 92.

[134] Ranelletti, Oreste, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milán, 1945, p. 8.

[135] Rivero, Jean, *op. cit*, Paris, 1977, p. 172 y ss.; Benoit, Francis Paul, *Le droit administratif français*, Toulouse, 1968, p. 432; Waline, Marcel, *Droit Administratif*, Paris, 1963, p. 437 y ss.

[136] Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, t. II, 1ª ed., ps. 213 y 495; Cassagne, Juan Carlos, *El acto administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, ps. 263-264.

[137] LNPA, art. 9°, con las modificaciones introducidas por la ley 21.686.

[138] La reforma introducida al art. 9°, inc. a), de la LNPA introdujo, siguiendo el criterio que sostuvimos en un comentario hecho a la ley 19.549, la expresión "comportamiento material para definir la 'vía de hecho'". Véase Cassagne, Juan Carlos, "La ley nacional de procedimientos administrativos 19.549", *ED*, 42-835.

La comparación entre ambas categorías permite sostener que en el Derecho Público se produce el fenómeno por el cual ciertas determinaciones de la autoridad administrativa adquieren existencia formal externa y autónoma bajo la forma de actos que, para el Derecho Privado, carecen de trascendencia jurídica directa, al menos en lo concerniente a su manifestación formal externa[139].

Ahora bien: esa declaración precisa surgir de un órgano del Estado y ser emitida en ejercicio de la función materialmente administrativa (concepción objetiva) puesto que es precisamente tal circunstancia la que va a generar consecuencias en el régimen del acto que se emita (vgr. reglas sobre competencia). En cambio, no es posible que entidades no estatales dicten actos administrativos, ya que aun reconociendo que el Derecho Público pueda regular a veces sus actividades (vgr. personas públicas no estatales) éstas no poseen el mismo régimen que los actos administrativos[140].

En definitiva, la noción de acto administrativo comprende toda declaración proveniente de un órgano estatal[141], emitida en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen exorbitante, que genera efectos jurídicos individuales directos con relación a los administrados destinatarios del acto.

5. Estructura unilateral o bilateral de la declaración. La unilateralidad o bilateralidad pueden referirse tanto a su formación como a sus efectos

No existe acuerdo acerca de si la noción de acto administrativo sólo comprende aquellas declaraciones unilaterales[142] de volición, cognición, juicio u opinión, o si también incluye en ella a los actos cuya estructura fuera bilateral[143], en tanto la voluntad del administrado participa en la declaración jurídica.

Sin embargo, las diferencias existentes entre los contratos y los actos unilaterales no justifican en el Derecho Administrativo la configuración de géneros diferentes pues, tal como acontece en el Derecho Privado, ambas categorías son especies del acto jurídico administrativo.

[139] Alessi, Renato, *op. cit.*, t. I, p. 242.

[140] Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, t. II, p. 251; sobre la aplicación de la LNPA a las personas públicas no estatales véase: Monti, Laura N.; Muratorio, Jorge I., "La aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos a los actos de los entes públicos no estatales", *REDA*, nro. 14, p. 517 y ss., Buenos Aires, 1993, señalan que "es útil no atribuir mentalmente un régimen de derecho público a cualquier actividad" (p. 523) al comentar el fallo de la Corte dictado en la causa "Colegio de Abogados de la Cap. Fed. c/ M.E.B. s/ cobro de sumas de dinero".

[141] Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 11ª ed., ps. 43-47, admite la posibilidad de que los órganos Judicial y Legislativo realicen actuaciones administrativas; planteando la necesidad de superar la idea que afirma la personalidad jurídica de la Administración para reemplazarla por la personalidad jurídica del Estado (*op. cit.*, p. 46).

[142] Rivero, Jean, *op. cit.*, p. 93 y ss., Paris, 1977; ver también García Trevijano Fos, José Antonio, *Los actos administrativos*, ps. 95-97, Madrid, 1986.

[143] Bielsa, Rafael A., *op. cit.*, t. II, p. 171 y ss.; Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, t. II, p. 226 y ss.; Fiorini, Bartolomé A., *Teoría jurídica del acto administrativo*, p. 32 y ss.; posición que entendemos es la correcta en el ordenamiento jurídico argentino en tanto armoniza con la clasificación civilista aplicable analógicamente. Esto es así tanto más si se advierte la bilateralidad que existe en los llamados actos privados de la Administración o actos de objeto privado, los cuales si bien tienen un régimen jurídico distinto poseen las mismas características estructurales en cuanto a los sujetos intervinientes. En el derecho uruguayo se acepta que el acto bilateral y especialmente los contratos forman parte del concepto de acto administrativo (Prat, Julio A., *Derecho Administrativo*, t. III, vol. 2, p. 9, Montevideo, 1978), con apoyo en el derecho positivo.

En consecuencia, todo contrato celebrado por el Estado en ejercicio de funciones administrativas constituye esencialmente un acto jurídico administrativo[144], dado que el concepto de contrato incluye mediante notas comunes la cualidad del género acto jurídico, sin que a ello obsten las notas propias que disminuyen la universalidad del género[145].

La unilateralidad o bilateralidad del acto administrativo pueden darse tanto en su formación como en los efectos. Así –por ejemplo– el permiso del dominio público constituye un acto de formación bilateral pues la declaración se integra con el concurso de dos voluntades que se funden, aun cuando sus principales efectos o consecuencias sean unilaterales[146].

6. Efectos del acto administrativo

A diferencia de lo que ocurre con los llamados actos inter-orgánicos o internos de la Administración, los actos administrativos producen efectos directos en el plano externo, es decir frente a los administrados[147].

En aquellos supuestos en que el acto no incida o afecte la relación jurídica sustancial (ya sea porque se trata de un derecho preexistente o bien, de una mera declaración no fundada en ley o no exigida por el ordenamiento) el acto resultante configura un mero pronunciamiento administrativo carente de presunción de legitimidad y de ejecutoriedad. En tal caso, la principal consecuencia que se desprende de esta categoría jurídica es que el particular no consiente el acto cuando no lo impugna judicialmente dentro del plazo de caducidad del artículo 25 de la LNPA[148].

7. Alcance general o individual del acto administrativo

La utilización del criterio material para acotar el concepto del acto administrativo, encuadrándolo en límites precisos, cuyo contenido y contornos obedecen a la homogeneidad de su régimen jurídico junto a la esencial finalidad que lo nutre, conduce necesariamente a la separación de aquellos actos emitidos por la Administración en ejercicio de funciones materialmente legislativas.

Si se abandona el criterio formal o subjetivo para clasificar las funciones, corresponde excluir del concepto de acto administrativo a los reglamentos, cuyo carácter abstracto y generalidad de efectos, denotan su pertenencia al ámbito de las actividades legislativas en sentido material[149]. Esta circunstancia es la que tipifica y caracteriza todo el régimen jurídico de los reglamentos, acercándolos, en muchas de sus notas peculiares, al régimen de las leyes en sentido formal (vgr. sistema de publicidad).

[144] Fiorini, Bartolomé A., *op. cit.*, p. 33.

[145] Mans Puigarnau, Jaime M., *Lógica para juristas*, Barcelona, 1969, ps. 43-44.

[146] Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, t. II, p. 233.

[147] Sayagués Laso, Enrique, *op. cit.*, t. I, ps. 396-397.

[148] Cfr. Mairal, Héctor A., "Los meros pronunciamientos administrativos", en *Derecho Administrativo*, obra colectiva en homenaje al profesor doctor Miguel S. Marienhoff, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 651 y ss. En apoyo de la configuración de esta nueva categoría de actos de la Administración –que compartimos– Mairal invoca la doctrina de la Corte expuesta en el caso "Serra" (*LL*, 1995-A-397).

[149] Laubadère, André de, *op. cit.*, t. I, p. 65.

V. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO DE CONTROL Y GARANTÍA DEL ADMINISTRADO. CONTROL DE LEGITIMIDAD Y DE MÉRITO, OPORTUNIDAD O CONVENIENCIA.

El procedimiento administrativo constituye, aun en los supuestos del mero procedimiento de formación de los actos administrativos que no implican la sustanciación de recursos, un instrumento de control de la legitimidad (que incluye legalidad y razonabilidad o justicia) y del acierto de los actos en relación al interés público o bien común que es el fin que la Administración persigue (control de oportunidad, mérito o conveniencia).

Existen numerosas zonas o aspectos de los actos administrativos donde confluyen el control de legitimidad con el de oportunidad, mérito o conveniencia, en la medida en que el fin de interés público que el acto persigue puede ser analizado, indistintamente, a través del prisma de la legitimidad como del mérito.

Hay diversos tipos de procedimientos administrativos, según que ellos se refieran a la fiscalización interna (procedimientos de los órganos de control)[150], al nacimiento de los actos administrativos (procedimiento de formación), o a su impugnación (procedimiento recursivo).

En los últimos tiempos se advierte un mayor interés por el procedimiento de formación de los actos[151] tendencia que aparece confirmada en nuestro país con el dictado de los ordenamientos positivos vigentes en el orden nacional y provincial.

Tanto el procedimiento administrativo de formación como el de naturaleza recursiva constituyen garantías formales a favor del administrado que le aseguran el ejercicio del poder de reacción frente a los actos perjudiciales a sus derechos subjetivos e intereses legítimos, permitiéndole conseguir la extinción, modificación o reforma de los actos administrativos lesivos[152].

2. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO E INDIVIDUALIDAD DE LOS ACTOS QUE LO COMPONEN. LOS ACTOS COLIGADOS

La exposición de motivos y el texto de la LNPA no contienen referencia alguna al criterio acerca de la estructura técnica del procedimiento administrativo, respecto de la que se ha sostenido, por influencia de la doctrina italiana, la tesis llamada sustancialista. Esta teoría, que parece hallarse en la actualidad abandonada, preconizaba que los diferentes actos integrantes del proceso de formación de la voluntad administrativa carecían de autonomía, integrándose en la decisión final.

[150] MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, p. 633 y ss., quien realiza un detallado estudio de los diversos medios de control o fizcalización, especialmente de las figuras de la vigilancia, autorización, aprobación, visto bueno, suspensión e intervención.

[151] CATALDI, Giuseppe, *Il procedimento amministrativo nei suoi attuali orientamenti giuridici e non giuridici*, Milano, 1967, ps. 3-5.

[152] Cfr. García DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *op. cit.*, t. II, ps. 361-362. Apuntan estos autores que si bien el procedimiento administrativo representa una garantía para los administrados (y en esto se identifica con el proceso jurisdiccional) ello no agota su función principal de asegurar la eficaz satisfacción del interés público, mediante la adopción de decisiones de la Administración, que es intérprete del interés, parte del procedimiento y árbitro del mismo (*op. cit.*, t. II, p. 363).

El procedimiento no es un acto complejo sino un complejo de actos, cada uno de los cuales posee individualidad jurídica propia, sin perjuicio de hallarse relacionados con los demás actos con los cuales tiene una vinculación común en mérito a la obtención de la finalidad de interés público que persigue la Administración[153].

Pero tal circunstancia no implica negar que el procedimiento administrativo de formación del acto –considerado en relación a la decisión final o definitiva– pertenezca al elemento forma[154]. El hecho de que en la LNPA se mencionen los procedimientos previos[155] como un requisito separado, no implica desconocer que todo procedimiento es el cauce formal que exterioriza la voluntad de los órganos administrativos.

En síntesis, los distintos actos del procedimiento administrativo no integran un acto complejo sino un complejo de actos vinculados por una misma finalidad. Cada uno de ellos ostenta individualidad jurídica propia y es susceptible de impugnación en tanto el ordenamiento positivo no limite la procedencia del recurso a los casos en que exista una decisión definitiva o asimilable (vgr. en materia de recurso jerárquico)[156].

Ello no impide que, como esos actos separables integran el procedimiento de formación del acto final (y por ende su elemento forma), también puedan ser impugnados en oportunidad de recurrir o deducir acción judicial contra el acto que pone fin al procedimiento.

En una línea similar, Barra ha desarrollado la teoría de los actos coligados. Parte de la circunstancia de que, en ciertos actos del procedimiento administrativo como el procedimiento contractual, su estructura traduce una unidad esencial entre todos los actos del procedimiento donde los actos coligados (a diferencia de los actos interlocutorios o de mero trámite) son verdaderos actos definitivos que tienen la peculiaridad de encontrarse vinculados a una serie cocausal de actos de la misma especie, en una relación de actos antecedentes y consecuentes[157].

3. Clasificación de los procedimientos administrativos

Existen diversas clases de procedimientos administrativos. Desde aquellos que tienen en cuenta su carácter general o especial, hasta los procedimientos declarativos de impugnación, son numerosas las clasificaciones que se han formulado en el campo normativo y doctrinario.

3.1. Procedimiento general y procedimientos especiales

Es evidente que la diversidad de procedimientos especiales en el ámbito de la Administración conspira contra la seguridad jurídica y la garantía de la defensa de los derechos privados habida cuenta de las dificultades que tendrían los administrados para conocer en detalle la infinidad de disposiciones especiales que pudieron ser dictadas para regir la actuación de cada órgano o ente del Estado.

[153] García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón, *op. cit.*, t. 2, ps. 368-369. Lo que da unidad al conjunto, dice González Pérez, no es la causa, sino el efecto: en el procedimiento, todos los actos están encaminados a producir un efecto jurídico. (González Pérez, Jesús, *Manual de Procedimiento Administrativo*, segunda edición, Civitas, Madrid, 2002, p. 75).

[154] Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, t. II, p. 128; Cassagne, Juan Carlos, *El acto administrativo*, 2ª ed., p. 128.

[155] Ley 19.549, art. 7°, inc. d).

[156] El art. 84 del RLNPA admite la impugnación, mediante el recurso de reconsideración, de los actos de mero trámite.

[157] Barra, Rodolfo Carlos, *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*, Buenos Aires, Ábaco, 1989.

Ello justifica que los distintos sistemas jurídicos procuren establecer normas uniformes para todos los sectores de la Administración Pública y hasta una razón de economía procedimental contribuye a esa necesaria unificación. Con todo, parecería que para ciertas materias (vgr. organismos militares) deberían subsistir los procedimientos especiales, en razón de la especial naturaleza de las respectivas funciones.

La LNPA abordó el problema que presentaba la realidad en la materia delegando en el Poder Ejecutivo la determinación de los procedimientos especiales que continúan vigentes[158] pero al propio tiempo prescribió la aplicación supletoria de la ley de procedimientos administrativos en las tramitaciones administrativas cuyos regímenes especiales subsistan[159].

Asimismo, al establecer las atribuciones del Poder Ejecutivo, estableció la ley el principio básico de la adaptación paulatina de los regímenes especiales al nuevo procedimiento, facultándolo para "sustituir las normas legales[160] y reglamentarias de índole estrictamente procesal de los regímenes especiales que subsistan, con miras a la paulatina adaptación de éstos al sistema del nuevo procedimiento y de los recursos administrativos por él implantados, en tanto ello no afectare las normas de fondo a que se refieren o apliquen los citados regímenes especiales"[161].

3.2. Otras clasificaciones. Procedimientos declarativos, ejecutivos y de simple gestión o internos

Los procedimientos declarativos tienen por objetivo la obtención de una decisión definitiva o final, clasificándose a su vez en: a) procedimiento disciplinario; b) procedimiento de revisión *ex officio*; c) procedimiento de la Administración de control y d) procedimiento recursivo o de impugnación.

Los procedimientos tendrán naturaleza ejecutiva cuando persigan la finalidad específica de realizar o ejecutar materialmente, un acto administrativo concreto (vgr., autotutela en el dominio público) siempre que la Administración se halle facultada por el ordenamiento jurídico para utilizar la coacción sobre los bienes o las personas, con todas las limitaciones y garantías que ello supone[162].

Puede ocurrir también que el procedimiento sea de simple gestión o interno cuando vincula entre sí a órganos administrativos (vgr. de carácter técnico)[163], aun cuando en la medida en que tales actos inter-orgánicos trasciendan el *status* del administrado y generen efectos directos, pasan a formar parte del procedimiento externo.

4. Regulación positiva del procedimiento administrativo. Ámbito de aplicación

Si bien el reconocimiento del derecho de los administrados a interponer recursos contra los actos administrativos no requiere que el mismo se encuentre necesariamente reglado en forma

[158] LNPA, art. 2°, 1ª parte.

[159] LNPA, art. 2°, inc. a), *in fine*.

[160] Esta facultad no ha sido ejercida en la práctica por el Poder Ejecutivo y traduce una "deslegalización" de materias.

[161] LNPA, art. 2°, inc. a). Lamentablemente, algunas leyes posteriores excluyen expresamente la aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos. Creemos, sin embargo, que frente a la carencia de normas que pueda presentarse, la ley y el reglamento de procedimientos administrativos serán aplicables, al menos, por analogía.

[162] De este tema nos ocupamos en un trabajo anterior: *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Buenos Aires, 1971, p. 97 y ss. Ver también, Borio, Fernando Raúl, "El principio general de la ejecutoriedad del acto administrativo y sus fundamentos", *ED*, 88-759.

[163] García De Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón, *op. cit*, t. II, p. 371.

expresa[164], en virtud de ser la emanación de prescripciones constitucionales (arts. 14 y 18, CN), existió a partir de la década de 1930 la preocupación, en el orden nacional, por legislar sobre la materia, aun cuando la regulación positiva fue sólo fragmentaria, pues sólo abarcaba al recurso jerárquico. Los demás recursos tenían carácter no reglado y así lo reconoció la doctrina[165] y la jurisprudencia administrativa que los aceptó.

Hubo que esperar más de cuarenta años para tener una regulación orgánica en el orden nacional que abarcase las normas de Derecho Administrativo de fondo o sustantivo –que se consideraron materias regulables por ley– junto a las normas procedimentales que establecieron recaudos de trámite de todas las actuaciones administrativas en general y las prescripciones en materia de recursos administrativos, que se reservaron al Reglamento. Así se dictaron la ley número 19.549 y el decreto número 1759/72 que constituyen los cuerpos normativos orgánicos de regulación del procedimiento administrativo nacional.

En este aspecto, muchas de las provincias se habían adelantado sancionando, la mayor parte de ellas[166], normas sobre procedimientos administrativos, habiendo continuado este proceso hasta nuestros días[167].

El ámbito de aplicación[168] de las normas de procedimiento de la LNPA[169] y del RLNPA[170] ha quedado circunscripto de la siguiente manera:

(i) las normas rigen tanto para la Administración Central (inclusive a los órganos desconcentrados o descentralización burocrática) como respecto de las entidades descentralizadas (art. 1°, 1ª parte, LNPA);

(ii) la excepción a dicho principio está dada por los procedimientos especiales subsistentes. Sin embargo, en tales supuestos, la ley de procedimientos administrativos continúa aplicándose en forma supletoria y en la medida en que no afecta las normas de fondo de dichos regímenes (conf. art. 2° del dto. 722/96, texto según dto. 1155/97);

(iii) dichas normas de "procedimiento" también se aplican, en principio, respecto de los actos regulados parcialmente por el Derecho Privado siempre que no alteren las normas de fondo (civiles) aplicables al caso[171]. Esta aplicación de las normas de procedimiento a los actos de objeto privado de la Administración se realiza en forma analógica y no por subsidiariedad.

[164] MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, ps. 641-642.

[165] MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, p. 642.

[166] Santiago del Estero, ley 2296; Buenos Aires, ley 7647; Córdoba, ley 5350; Jujuy, ley 1886.

[167] Mendoza, ley 3909; Salta, ley 5348; Tucumán, ley 4537; Chubut, ley 920 (t.o. por decreto 1464/95); Chaco, ley 1140 (modificado por ley 4527); Formosa, ley 971; La Pampa, ley 951; Entre Ríos, ley 7060 (1983); Neuquén, ley 1284; La Rioja, ley 4044.

[168] CABRAL, Julio E., "Ambito de aplicación de la ley nacional de procedimientos administrativos", *Acto y Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, 1975, p. 1 y ss.

[169] La LNPA fue redactada por una comisión integrada por los doctores Adalberto E. Cozzi, Carlos A. Young y Héctor Jorge Escola, y es evidente que ella ha contribuido a juridizar en grado sumo la actividad de la Administración Pública. En el año 1977 sufrió ajustes parciales por la ley 21.686.

[170] Reglamento de la LNPA aprobado por dec. 1759/72. Este Reglamento también fue reformado en el año 1977 mediante el dec. 3700/77, que modificó sólo algunos artículos sobre la prueba y los recursos. En el año 1991, el dec. 1883/91 introdujo algunas importantes modificaciones: incorporó el plazo de gracia en el procedimiento administrativo, modificó el sistema recursivo, reformó el régimen de notificaciones, reemplazó algunos artículos atinentes al sistema de vistas, el alegato y la prueba, y aprobó un texto ordenado; véase CANOSA, Armando N., *Los recursos administrativos*, Buenos Aires, 1996, p. 42 y ss.

[171] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *op. cit.*, p. 374.

5. El procedimiento declarativo de impugnación. Recursos, reclamaciones y denuncias

Se ha visto que una de las sub-especies del procedimiento declarativo está constituida por aquellos procedimientos que tienden a la institución de reglas para la deducción y trámite de las impugnaciones que interponga el administrado, quien actúa en el doble carácter de portador de un interés propio y de colaborador de la legalidad objetiva[172].

El típico medio de impugnación de actos que lesionan un derecho subjetivo o interés legítimo del administrado es el recurso, que debe ser distinguido de la reclamación y de la denuncia.

El recurso es toda impugnación en término de un acto administrativo o reglamento tendiente a obtener del órgano emisor del acto, de su superior jerárquico o de quien ejerce el control llamado de tutela, la revocación, modificación o saneamiento del acto impugnado[173].

La sustancia o naturaleza de los recursos administrativos es propia de la función administrativa[174] y nunca es actividad jurisdiccional[175] ya que técnicamente no puede hablarse de estricta controversia (la Administración actúa como parte y autoridad decisoria) ni tampoco la decisión posee los atributos de la verdad legal (cosa juzgada formal y material).

Las meras reclamaciones no regladas constituyen peticiones que pueden formular los administrados en ejercicio del derecho constitucional de peticionar a las autoridades tendiente a obtener la emisión de un acto favorable o la extinción de un acto administrativo o reglamento. La Administración Pública no está obligada a tramitarlas ni a dictar decisión respecto de ellas, a menos que el particular tuviera un derecho a que se dicte la decisión, pudiendo presentarlas el titular de un interés legítimo y aun el portador de un interés simple.

Las reclamaciones pueden hallarse regladas tal como ocurre con la queja[176] y con los procedimientos que se exigen para la habilitación de la instancia judicial[177].

En tales supuestos el administrado tiene a su favor la opción de elegir entre el silencio negativo, en base al procedimiento previsto en el artículo 10 de la LNPA o la obtención de una decisión expresa, que deberá requerir en la sede judicial mediante la interposición de una acción de amparo por mora de la Administración (art. 28, LNPA, modificado por la ley 21.686).

Las denuncias administrativas pueden ser interpuestas por los titulares de intereses simples, a diferencia de los recursos, en que se requiere una legitimación básica (derecho subjetivo o interés legítimo). Se trata de poner en conocimiento de la autoridad administrativa la comisión de

[172] Cfr. Abad Hernando, Jesús Luis, "Notas sobre las reformas a la ley de procedimiento administrativo", *Comercio y Justicia*, introducción, *in fine*, Córdoba, 1978.

[173] Ver y comparar: González Pérez, Jesús, *Los recursos administrativos*, Madrid, 1960, p. 21; García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón, *op. cit.*, t. II, p. 418; Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. V, Buenos Aires, Ateneo, 1956, p. 135; Escola, Héctor Jorge, *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1973, p. 254; Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Montevideo, 1963, ps. 470-471; Garrido Falla, Fernando, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, p. 288; Gordillo, Agustín A., *Procedimiento y Recursos Administrativos*, p. 89.

[174] Cfr. García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón, *op. cit.*, t. II, p. 419.

[175] En contra Bielsa, Rafael, *op. cit.*, t. V, p. 135; Pearson, Marcelo M., *Manual de Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, p. 18 y ss.

[176] Art. 71 del RLNPA.

[177] Dichos procedimientos son la reclamación administrativa previa (art. 30 y ss., LNPA, texto según ley 25.344) y el llamado reclamo impropio exigido para impugnar directamente reglamentos administrativos en sede judicial (art. 24, inc. a], LNPA).

un hecho ilícito de algún funcionario o particular o la irregularidad de un acto administrativo o reglamento[178]. A diferencia de los recursos la Administración no está obligada a tramitarlas ni decidirlas[179].

Sin embargo, la denuncia puede traer aparejado, en algunos casos, el derecho del administrado a que se tramite como recurso una vez acogida la misma. Tal ocurre con la denominada "denuncia de ilegitimidad" que prescribe el artículo 1°, inciso e), apartado 6° de la LNPA, tema sobre el cual volveremos más adelante.

VI. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. Relatividad de los términos convencionales y diferentes categorías jurídicas de contratos públicos

En el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer la función administrativa.

Ello no supone desconocer la ambivalencia a que se presta el hecho de que el Estado (que es siempre una persona de derecho público) celebra también contratos regulados, en punto a su objeto, por el derecho privado, ni tampoco que determinados contratos celebrados por particulares pasen a regirse por el derecho administrativo, en forma entremezclada con el derecho civil o comercial.

Por lo demás, el contrato público que aparece, en punto a la competencia y al procedimiento de contratación, regido por el derecho administrativo, recibe también la injerencia del derecho internacional público o privado, a través de ordenamientos supranacionales como son los tratados internacionales que, a partir de la reforma constitucional de 1994, poseen –como mínimo– una jerarquía superior a las leyes (art. 75 inc. 22 CN) formando parte, en algunos casos determinados, de la Constitución misma, aunque sin alterar su estructura dogmática.

De ese modo, el panorama que ofrece la contratación pública resulta tan complejo como variado, siendo difícil concebir un régimen jurídico unitario que agrupe y contenga todas las formas contractuales a las que acude el Estado para alcanzar sus fines.

Ello no quita que la categoría principal en el campo de la contratación pública, regida por el derecho interno, siga siendo la figura del contrato administrativo[180], sin dejar de reconocer otras especies contractuales, en la que se aplica preponderantemente el derecho internacional y, en

[178] Cfr. Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. V, Buenos Aires, Depalma, 1964, p. 190.

[179] Zanobini, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, t. II, Milano, 1958, p. 71; Bielsa, Rafael, *op. cit.*, t. V, p. 136.

[180] Cuya existencia data del legendario *arrêt Terrier*, del 6 de febrero de 1903, cuando el Consejo de Estado francés sostuvo que "todo lo que concierne a la organización y funcionamiento de los servicios públicos, propiamente dichos, ya actúe la Administración por vía de contrato, ya lo haga por vía de autoridad, constituye una operación administrativa, que es, por su naturaleza, del dominio de la jurisdicción administrativa". Ampliar en García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 10ma. ed., Civitas. Madrid, 2000, p. 677 y ss.

menor medida, el derecho administrativo (con la posibilidad de aplicación analógica del derecho privado). Esto acontece con los contratos excluidos del régimen general aplicable a la contratación administrativa, como son "los contratos celebrados con Estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien, total o parcialmente, con recursos provenientes de esos organismos" así como "los comprendidos en operaciones de crédito público[181]".

Esa variedad de formas y regímenes se advierte, asimismo, en el ámbito interno, respecto de los contratos que celebran la Administración y los demás órganos del Estado, en ejercicio de la función materialmente administrativa (nos referimos aquí al Poder Judicial y al Congreso) los cuales pueden vincularse contractualmente a través de otras figuras como: a) contratos parcialmente regidos por el derecho privado, con o sin cláusulas exorbitantes expresas, cuyo grado de aplicación del derecho administrativo depende del tipo y régimen jurídico de cada contrato (vgr. el régimen jurídico de los contratos que realiza el Banco Nación, regidos por el derecho mercantil no es igual al que rige los contratos de objeto privado de la Administración Pública Nacional); y b) contratos inter-administrativos, con caracteres diferenciales en punto al ejercicio de las prerrogativas de poder público, si bien hoy día la tendencia mundial apunta a despojar cada vez más a esta categoría de alguno de sus rasgos diferenciales que antes tipificaban el régimen de selección (vgr. libertad de elección sin sometimiento al principio de concurrencia).

2. Diferentes grados de regulación pública

Para realizar los cometidos estatales, la Administración Pública actúa en el campo contractual utilizando potestades y prerrogativas que difieren en relación al grado y naturaleza del interés público tutelado en cada caso.

Lo primero que cabe observar es la presencia de dos grandes sectores de contratos de la Administración Pública: contratos administrativos e inter-administrativos –por un lado– y contratos parcialmente regidos por el derecho civil o comercial –por el otro–. Tanto los contratos administrativos como los inter-administrativos se rigen, en forma preponderante, por el derecho público, administrativo en la especie, no obstante la posibilidad de aplicarles las normas del Código Civil, pero adaptándolas siempre a la peculiar naturaleza publicista del contrato administrativo[182]. En cambio, en los contratos de la Administración, parcialmente reglados por el derecho privado, las normas del derecho civil se aplican en su plenitud a los aspectos del contrato que regula el derecho civil o comercial (principalmente en punto al objeto) y la Administración carece de prerrogativas de poder público (en materia de modificación, ejecución, sustitución del contratista, etc.) pero la competencia resulta siempre reglada por el derecho administrativo, al igual que el procedimiento de selección, variando el grado de intensidad de aplicación del derecho público en función del tipo de contrato y el interés público (aunque éste no sea inmediato)[183].

[181] Cfr. *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, aprobado por Decreto 1023 de 2001, art. 5° incisos c) y d), en adelante RCAN.

[182] Sobre la aplicación de normas privadas por el procedimiento de la analogía al derecho administrativo nos remitimos a lo expuesto en *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, 1981, ps. 51-52, donde distinguimos la aplicación subsidiaria de la analogía. La Corte Suprema acogió esta diferenciación técnica en el caso "Meridiano SCA c/Administración General de Puertos s/demanda daños y perjuicios", *Fallos*, 301:292 (1979).

Por lo tanto, resulta imposible sostener la existencia de un régimen unitario, ni siquiera para los llamados contratos administrativos, en sentido estricto[184].

Otra distinción fundamental es la relativa a la caracterización del contrato interadministrativo o contrato entre entes públicos[185], cuyo régimen jurídico difiere del de los contratos administrativos, al carecer la Administración de las prerrogativas de poder público que hacen a la supremacía estatal y resolverse todos los conflictos en el marco del principio de unidad de acción del Estado.

3. El contrato administrativo: concepto y diferencias con los contratos civiles

El contrato administrativo, como categoría jurídica peculiar del derecho público, es una creación del Consejo de Estado francés y responde a la idea de que los particulares colaboren con la misión que persigue la administración mediante la institución contractual que, correlativamente, le garantiza al contratista privado la intangibilidad de sus derechos económicos.

En el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo (*ius variandi*, interpretación, equilibrio financiero, etc.).

Esa finalidad pública y no la competencia jurisdiccional es lo que define y tipifica la institución del contrato administrativo con rasgos peculiares que lo distinguen tanto del contrato civil entre particulares como del regido parcialmente por el derecho civil, aun cuando este último se celebre dentro de la llamada *"zona común de la contratación administrativa"*[186].

El problema de la calificación de los contratos administrativos y su distinción con los contratos civiles ha venido dividiendo a la doctrina comparada (con excepción de la francesa, claramente enrolada en la concepción del servicio público) en dos grandes corrientes: una, que puede calificarse como finalística o sustantiva, que apoya la distinción en la causa fin (finalidad u objeto), de naturaleza objetiva, propia del derecho público, y en el régimen jurídico peculiar, que deriva de su finalidad pública, mientras que la otra se basa en la presencia subjetiva de uno de los contratantes, sosteniendo que el régimen jurídico resulta una consecuencia de las prerrogativas jurídicas que posee la Administración como sujeto.

Dentro de esta última tendencia, resulta prácticamente imposible unificar toda la extensa gama de doctrinas que pueden representar posiciones que resultan muchas veces más opuestas que las discrepancias existentes con los partidarios de la tesis finalista[187].

[183] Gordillo sostiene que no puede, en estos casos, calificarse al contrato como un contrato de derecho civil, ya que lo único que se rige por el derecho civil es el objeto del contrato, pero que ello no quita que la nota dominante siga siendo el derecho público (Gordillo, Agustín A., y otros "Los contratos administrativos", en *Contratos Administrativos. Régimen de Pago y Actualización*, T. I, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 17).

[184] Conf. Brewer Carias, Allan R., *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 51.

[185] Alessi, Renato, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1958, p. 274 y ss.

[186] Véase De Solas Rafecas, op. cit., p. 143 y ss.

[187] Un ejemplo de ello es la postura de Barra al sustentar una sustantividad pública para todos los contratos que celebra la Administración que se estructura a partir de la presencia subjetiva de esta última (conf. Barra, Rodolfo C., *Los*

4. La función administrativa y la causa fin del contrato

La finalidad sustantiva o de interés público relevante del contrato administrativo se hace patente cuando el acuerdo es celebrado por un órgano del Estado en ejercicio de la función administrativa[188], lo cual conduce a la institución de un régimen jurídico específico y exorbitante del derecho privado (en materia especialmente de ejecución y extinción). Se configuran de esta manera, contratos administrativos en el ámbito de los tres órganos en que se distribuye el poder estatal: ejecutivo, legislativo y judicial y no sólo cuando la Administración sea parte.

La existencia de cláusulas exorbitantes, que es un hecho dependiente de la voluntad de las partes, especialmente de la Administración, no es de por sí decisiva para caracterizar el contrato administrativo, pues pueden hallarse presentes aun en los contratos parcialmente reglados por el derecho privado (en punto a su objeto), que poseen una regulación jurídica distinta.

El criterio de la función administrativa, en sentido material, como causa fin del contrato que utiliza un régimen jurídico típico y peculiar es el que, precisamente, permite distinguir dicha función de la actividad industrial o comercial del Estado, también llamada gestión económica, donde la Administración acude a los principios y técnicas de la contratación privada (ej.: en la actividad del Banco Nación regida por el derecho mercantil). Y esa causa fin comprende tanto aquellas contrataciones orientadas a un fin público específico y directo como a las que tienen por objeto cosas o bienes instrumentales pertenecientes al derecho administrativo (vgr. dominio público).

De ese modo, los contratos resultan administrativos, en razón de su objeto o fin, cuando su contenido pertenezca a la función administrativa materialmente considerada, criterio que, en definitiva, se ubica en una línea similar a la del servicio público de la doctrina y jurisprudencia francesas (en sentido amplio) o a la del giro o tráfico de la Administración. A su vez, el fin público relevante y asumido por el derecho objetivo es el que determina la pertenencia de un determinado objeto o bien a la función administrativa aunque la contratación no persiga una finalidad pública inmediata (vgr. contratos de uso del dominio público).

Por ese motivo, los distintos tipos y denominaciones de los contratos que se celebran para colaborar con la función administrativa (contratos de colaboración) o para atribuir ventajas propias de la justicia distributiva (contratos de atribución) prácticamente son los mismos que en la concepción del servicio público, elaborada por la jurisprudencia francesa (concesión de servi-

Actos Administrativos Contractuales, Ábaco, Buenos Aires, 1989, ps. 186-189). En cambio, la tesis de García de Enterría; Fernández, no reconoce sustantividad al contrato administrativo, admitiendo, sin embargo, modulaciones especiales de derecho público aplicables a la institución contractual (conf. *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, Civitas, Madrid, 1982, p. 579 y ss. y 6ª ed., Civitas, Madrid, 1998, p. 681 y ss.), vinculada al giro o tráfico de la Administración.

[188] Se utiliza aquí el concepto material u objetivo sobre función administrativa cuyas notas esenciales son la concreción, continuidad e inmediatez para satisfacer mediante un régimen de derecho público las necesidades de la comunidad y de los individuos que la integran con la finalidad de alcanzar el bien común. Sobre los distintos criterios que se han dado respecto de la noción de Administración pública o función administrativa, nos remitimos a *El Acto Administrativo*, 1° ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 60 y ss. Al respecto, entendemos que la concepción mixta o residual que algunos autores propician puede considerarse como un buen ejercicio intelectual pero, sin embargo, no proporciona una explicación real ni lógica a la luz de la naturaleza y régimen jurídico de cada función estatal.

cios públicos, obra pública, suministro, etc.) y así acontece también en la reciente legislación española sobre contratos públicos de 1995[189].

En esa línea, el concepto de función administrativa es esencialmente dinámico e históricamente variable, en cuanto debe graduarse de conformidad al ordenamiento jurídico-legal de cada país, pero ello no quita la utilidad de utilizarlo como centro de referencia, unido a la existencia de un régimen en el cual se reconozcan, en forma orgánica y sistematizada, las prerrogativas de poder público que posee la Administración a su favor (vgr. modificación unilateral del contrato) que nunca pueden ser prerrogativas implícitas. La presencia o no de este régimen administrativo no depende de la voluntad de las partes, pues existe con independencia de la voluntad de someterse a él, sin perjuicio de que la Administración pueda celebrar, cuando el ordenamiento lo admita, un contrato parcialmente reglado por el derecho privado, donde tal regulación estará ausente, en principio. No se debe confundir, en consecuencia, "régimen exorbitante" con cláusula exorbitante, la cual depende de la voluntad de quienes contratan y no surge directamente del ordenamiento.

5. El contrato interadministrativo

La presencia de dos o más sujetos estatales en este tipo de acuerdos le imprime a la contratación una modulación especial, caracterizada por la ausencia de prerrogativas exorbitantes al derecho común, que pueden afectar el principio de unidad de acción, que se vincula, a su vez, con otro principio esencial propio de nuestro Estado Federal: la unidad del poder del Estado.

El régimen jurídico que poseen los contratos interadministrativos se caracteriza por algunas notas diferenciales, tales como: a) excepción al requisito de la licitación pública en el proceso de selección[190]; b) inaplicabilidad de multas o sanciones pecuniarias a entidades estatales[191]; c) un particular sistema de solución de conflictos[192]; d) no rige el principio de la estabilidad del acto administrativo cuando las entidades se hallan en una misma esfera de gobierno (nacional o provincial)[193], lo cual tendrá aplicación con respecto a los actos de ejecución de un contrato interadministrativo.

Por aplicación extensiva de la teoría de la superación de las formas jurídicas, también se regirán por las reglas de los contratos interadministrativos, aquellos que se celebren entre una entidad pública estatal, centralizada o descentralizada[194], con una sociedad comercial en cuya administración o capital tenga participación mayoritaria el Estado.

[189] Ley 13/95 (Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

[190] Ley de contabilidad, art. 56, inc. 3°, ap. i; principio que también se extiende a los contratos administrativos atípicos. Ver Sayagües Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Talleres Gráficos Barreiro, Montevideo, 1963, ps. 590-591.

[191] Cassagne, Juan Carlos, *La Ejecutoriedad del Acto Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, ps. 79-81.

[192] Al respecto nos remitimos a *El acto administrativo* cit., p. 118 y ss., y a nuestro *Derecho Administrativo*, T. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 62 y ss. Véase, asimismo, la ley 19.983.

[193] Ya que no es concebible la existencia de derechos subjetivos en las entidades descentralizadas superiores a los del propio Estado (en sentido estricto, es decir, la persona pública Estado).

[194] Sobre el concepto de entidad estatal descentralizada ver nuestro trabajo "Las entidades estatales descentralizadas y el carácter público o privado de los actos que celebran", LL, T. 143, p. 1172 y ss.

6. Contratos de la administración regidos parcialmente por el derecho privado

La existencia de contratos de la Administración parcialmente reglados por el derecho privado es por lo general, propugnada por la doctrina nacional[195] y extranjera[196], aun por los sostenedores de la concepción unitaria en materia de actos y contratos administrativos[197].

La característica distintiva de este tipo de contrato es la ausencia de un régimen jurídico exorbitante de derecho común no procediendo la ejecutoriedad, la aplicación y ejecución de multas en sede administrativa, la sustitución directa del contratista, entre otros supuestos.

Su régimen es, pues, de una naturaleza muy peculiar y la competencia para entender en las causas relativas a este tipo de contratos mixtos es la civil y comercial, y no la contencioso-administrativa[198], lo que justifica el interés jurídico de la distinción que supera aun a los argumentos que le atribuyen vinculación con la arcaica doctrina de la doble personalidad del Estado, ya que la circunstancia de que una persona jurídica pública estatal tenga capacidad para celebrar tanto contratos administrativos como contratos parcialmente reglados por el derecho privado, no provoca un desdoblamiento en la personalidad del ente (que siempre tendrá carácter público), al igual de lo que sucede en relación a las personas jurídicas privadas, que pueden realizar tanto contratos civiles y comerciales como administrativos, sin que ello implique fraccionar su personalidad.

7. Algunas consecuencias que genera la distinción entre los contratos administrativos y los contratos privados

La adopción de las dos categorías de contratos de la Administración que venimos postulando –enrolados en la posición que afirma una concepción finalista[199] acerca del contrato administrativo– genera una serie de consecuencias en punto a las obligaciones que nacen del acuerdo de voluntades que difieren del régimen establecido en la ley civil, donde las prestaciones son, en principio, equivalentes y deben interpretarse con arreglo a criterios comunes y uniformes para ambas partes. En cambio, en el contrato administrativo al incorporarse la causa fin o finalidad al contrato se introduce el interés público relevante e inmediato como elemento esencial durante las

[195] Bielsa, op. cit., T. II, p. 175; Berçaitz, op. cit., ps. 240-241; Fiorini, op. cit., T. I, p. 414; Diez, op. cit., T. II, p. 440 y ss.; Marienhoff, op. cit., T. III-A, p. 85 y ss.; señala al respecto Bielsa que la necesidad de distinguir los contratos civiles o comerciales, que celebra la Administración, de los contratos administrativos, es tan evidente e incuestionable, que toda discusión sobre ello es obvia y que "la circunstancia de que el régimen interno (financiero, contable, etc.) sea uno para todos los contratos, administrativos o no, tiene su explicación en el principio de que todos los bienes del Estado están sujetos a un sistema patrimonial uniforme y responsable" (op. cit., T. II, p. 175, nota 24).

[196] De Laubadère, op. cit., T. I, p. 29 y ss.; Benoit, Francis Paul, *Le Droit Administratif Français*... cit., p. 595 y ss.; Sandulli, Aldo M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, 10ª ed., Jovene, Nápoles, 1979; Garrido Falla, op. cit., T. II, p. 37 y ss.

[197] Gordillo, Agustín A., *Empresas del Estado*, Macchi, Buenos Aires, 1966, ps. 84-86.

[198] Conf. Marienhoff, op. cit., T. III-A, p. 124 y ss.

[199] En España, la denominada sustantividad del contrato administrativo y la admisión correlativa del contrato de la administración regido por el derecho privado viene siendo sostenida por distintos autores: Villar Palasi, José Luis, *Lecciones sobre Contratación Administrativa*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1969; Monedero Gil, Oscar, *Doctrina del Contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977; Ariño Ortiz, Gaspar, *Contrato del Estado y 'Common Law'*, en el estudio prólogo hecho al libro de Monedero Gil antes citado, y De Solas Rafecas, op. cit., p. 22 y ss., esp. p. 41, nota 46 *in fine*.

diferentes etapas de la ejecución contractual[200] proyectándose al campo interpretativo y especialmente al plano de la igualdad de los contratistas que resulta una nota típica (la desigualdad proveniente de la posición jurídica de la Administración)[201] de los contratos administrativos. De todo ello volveremos a ocuparnos más adelante al tratar lo concerniente a la ejecución contractual.

a) La interpretación del contrato administrativo

En materia interpretativa, sin descartar la aplicación analógica de las normas civiles y comerciales, una de las principales diferencias con los contratos de la Administración regidos por el derecho privado radica en la circunstancia de que el interés público relevante e inmediato, incorporado al contrato administrativo, juega un papel esencial y autónomo como criterio sustantivo de interpretación[202]. Para otro sector, en cambio, el interés público no permite configurar un criterio interpretativo autónomo y sólo se lo tiene en cuenta al formalizar el contrato o al investigar "la voluntad negocial"[203] no obstante lo cual se reconoce la configuración de una prerrogativa de interpretación unilateral del contrato[204].

En cualquier caso, es evidente que cuando la interpretación no afecta a la causa final o finalidad del contrato administrativo sino al particular contratista (vgr. prestaciones pecuniarias a cargo de la Administración) el interés público no juega como criterio interpretativo, debiendo acudirse a las normas de la legislación civil o comercial[205].

b) Un supuesto especial: la procedencia de la exceptio non adimpleti contractus y la rescisión o resolución del contrato administrativo ante el incumplimiento de la Administración

Como se verá más adelante, el funcionamiento de la *exceptio non adimpleti contractus* en determinados contratos administrativos –como la concesión o licencia de servicio público– difiere del establecido para los contratos regidos por el derecho civil o comercial habida cuenta que la finalidad pública o causa fin que preside el acuerdo de voluntades viene a colocar, en un primer plano, el cumplimiento de la finalidad pública inmediata cuando esta finalidad se encuentra directamente vinculada a la prestación de un servicio público.

Se ha sostenido que esta peculiaridad, típica de la concesión o licencia de servicios públicos, limita las facultades del contratista para ejercer la *exceptio non adimpleti contractus*[206] y, consecuentemente, para suspender la ejecución del contrato administrativo, a los supuestos en que exista una razonable imposibilidad de cumplirlo en las condiciones convenidas.

[200] Vid. De Solas Rafecas, op. cit., ps. 32-33.

[201] Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *El Derecho Civil en la Génesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones*, Civitas, Madrid, 1996, p. 108 y ss.

[202] De Solas Rafecas, op. cit., ps. 37-38

[203] García De Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, Civitas, Madrid, p. 505 y ss.

[204] En este sentido, los autores mencionados en la nota precedente (*op. y lugar cit.*) expresan que *"No se trata de que la Administración pueda decidir libremente sobre el alcance real de lo pactado, sino de asegurar una decisión que provisionalmente permita continuar la obra, servicio o suministro contratado sin interrupciones perjudiciales para el interés general"*.

[205] Conf. De Solas Rafecas, op. cit., ps. 39-40.

[206] Marienhoff, op. cit., T. III-A, p. 376 y ss.

Desde luego que un atraso en los pagos a cargo de la Administración de cierta magnitud habilita al concesionario o licenciatario para suspender la ejecución y pedir la rescisión o resolución del contrato en sede judicial en tanto que el hecho de la Administración (vgr. mora en los pagos) provoque una razonable imposibilidad de continuar la ejecución contractual[207] o una mayor onerosidad de significativa importancia. La procedencia de la citada *exceptio* constituye la regla general y se sustenta en un principio de justicia[208] pero, sobre todo, en el principio general de la buena fe, que exige como se ha dicho[209] no sólo que los contratos deben celebrarse con arreglo a dicho principio y para ser cumplidos sino que también han de interpretarse y ejecutarse de buena fe, conforme a lo que las partes entendieron o pudieron entender actuando con cuidado y previsión (art. 1198 CC).

c) El poder modificatorio de la Administración en los contratos administrativos

Otra de las diferencias fundamentales estriba en la potestad que el ordenamiento puede atribuir, de un modo expreso, a la Administración para introducir modificaciones, en forma unilateral, a lo pactado en los contratos administrativos, poder que puede razonablemente ejercer dentro de los límites establecidos en cada ordenamiento especial (vgr. obras públicas) y a condición de que no se altere el fin del contrato[210] ni las obligaciones esenciales y que se efectúe la pertinente compensación económica que permita mantener el equilibrio financiero del contrato[211].

Ahora bien, el *ius variandi* puede relacionarse con dos principios fundamentales del contrato administrativo[212]: a) el de la *lex contractus* articulado en el artículo 1197 del Código Civil, aplicable al derecho administrativo[213] con las peculiaridades de esta disciplina[214] y b) el principio de la inalterabilidad del contrato que tiende a preservar la igualdad de los terceros ante los beneficios públicos.

En el primer supuesto, el *pacta sunt servanda* impide que el poder modificatorio altere la ecuación económico-financiera del contrato administrativo mientras que, en el segundo, el *ius variandi* no se ejerce como una excepción al principio de inalterabilidad del contrato sino que

[207] Ésta es la doctrina que fluye del caso "Cinplast I.A.P.S.A. c/EnTel s/ordinario", *Fallos*, 316:212 (1993); en ese fallo, el Alto Tribunal adoptó la tesis sustantiva para considerar que un contrato de suministro celebrado con la ex EnTel revestía carácter administrativo en virtud de su objeto que consistía "en la prestación de un servicio destinado a cumplir el fin público de las telecomunicaciones". En rigor, no se trataba en el caso de un servicio sino de un suministro y el atraso en los pagos fue de bastante magnitud pero esto no cambia el razonamiento jurídico que consideramos correcto, no obstante la injusticia de la sentencia en lo que concierne a los hechos de la causa y su interpretación.

[208] MARIENHOFF, op. cit., T. III-A, p. 377, nro. 730.

[209] MERTEHIKIAN, Eduardo, "La excepción de incumplimiento contractual y su aplicación al contrato de obra pública", LL 1994-D, 311.

[210] MARIENHOFF, op. cit., T. III-A, ps. 399-403. Algunos autores como BENOIT en Francia y DURÁN MARTÍNEZ en Uruguay han negado la configuración, en principio y como regla general, de la *potestas variandi*, véase DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Ejecución de los contratos administrativos", en *Contratación Administrativa*, Montevideo, 1968, p. 64. El principio de la mutabilidad unilateral del contrato administrativo también ha sido sostenido en la doctrina brasileña: OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de, *Contratos Administrativos*, Saraiva, San Pablo, 1981, ps. 50-51.

[211] ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, p. 248 y ss.

[212] Distinción que, según DE SOLAS RAFECAS, no siempre ha sido puesta de manifiesto con nitidez (op. cit., p. 41).

[213] MARIENHOFF, op. cit., T. III-A, ps. 334, 451-452.

[214] Véase sobre el punto BREWER CARIAS, Allan Randolph, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, ps. 160-161.

juega como un supuesto de articulación entre la finalidad y el contenido de las obligaciones concretamente asumidas por ambas partes[215].

Esta compatibilidad entre la potestad modificatoria (ya sea el caso de una modificación unilateral prevista, en forma expresa, en el ordenamiento o pactada entre las partes) y el principio de inalterabilidad es la que permite que la Administración introduzca modificaciones a los contratos ante el cambio de circunstancias para cumplir con la finalidad perseguida, lo cual será lícito y justo en cuanto las modificaciones fueran objetivamente necesarias, esto es, cualquiera hubiera sido el contratista seleccionado en condiciones normales y en la medida que no se suprima el riesgo empresario[216].

8. Síntesis final

Se advierte la conformación de tres etapas diferenciadas en la evolución de la teoría del contrato administrativo:

a) una primera etapa, caracterizada por la noción "ius administrativa" rígida del contrato administrativo, con prevalencia de los elementos públicos sobre los privados, sin excluir la posibilidad de celebrar contratos de la Administración regidos por el derecho privado. Sin embargo, una derivación exagerada de esta corriente llevó a considerar que todo contrato celebrado por el Estado era de derecho público, de naturaleza administrativa;

b) en una segunda etapa de la evolución se operó la huida al derecho privado, reflejada en modificaciones legislativas que intentaron producir una suerte de metamorfosis con las empresas públicas transformándolas en privadas para escapar, sobretodo, del campo de la contratación pública, sus procedimientos de selección y los controles estatales. Este proceso, que tuvo un cierto nivel de generalización en el derecho comparado, se encuentra actualmente en retirada descorriéndose el velo del verdadero dueño que está detrás de estas empresas que no es otro que el Estado;

c) finalmente, en una tercera etapa,

(i) se afirma la idea de lo público basada en la conexión entre el interés general o bien común y la función administrativa que si bien tiene como eje al Estado como sujeto se extiende a otros sujetos no estatales que cumplen funciones públicas o regidas por el derecho administrativo. En esta tendencia, las prerrogativas de poder público no son de la esencia del contrato sino el efecto de la sustancia "ius administrativa", afirmándose una corriente generalizada a promover y estimular la competencia bajo el impulso estatal;

(ii) se agudiza la tendencia a celebrar contratos de la Administración con diferente intensidad de elementos propios del derecho privado (que van desde un régimen prevaleciente del derecho civil o comercial hasta un régimen jurídico entremezclado) rigiéndose la competencia, en todos estos supuestos, por normas de derecho público;

(iii) se afirma el principio de la concurrencia en la llamada "zona común de la contratación administrativa", al consagrar los procedimientos de la licitación pública y/o el concurso público como regla general de la selección del contratista;

[215] De Solas Rafecas, op. cit., ps. 40-43.

[216] Véase Ugolini, Daniela B., "El nuevo rol del Estado y los contratos administrativos", ED, 148-870.

(iv) se presenta una confluencia entre normas de derecho público interno con disposiciones del derecho internacional tanto público como privado, lo cual se revela en algunas convenciones internacionales específicas cuyas cláusulas se proyectan al plano de los contratos nacionales (vgr. Convención interamericana contra la corrupción firmada en la 3° Sesión Plenaria de la Organización de Estados Americanos el 29 de marzo de 1996, ratificada por la ley 24.759);

(v) junto a la técnica de los contratos excluidos, que no son necesariamente de derecho privado (ej. contratos incluidos en operaciones de crédito público) se incorporan al ordenamiento positivo expresamente las prerrogativas de poder público;

(vi) se reafirma la tendencia a limitar el régimen de los llamados actos interadministrativos procurando estimular la competencia a través de la generalización de la regla de la licitación pública y/o concurso público para elegir el contratante.

En suma, la interrelación entre lo público y lo privado y la injerencia de normas provenientes del derecho internacional confirman la imposibilidad de elaborar una teoría unitaria que, por otra parte, nunca fue factible desarrollar en el plano sustancial ya que su justificación sólo hubiera tenido sentido en el aspecto formal.

Esto no implica desconocer que, tanto en el derecho comparado como en el argentino, prevalece una línea favorable a la "iuspublificación" que se caracteriza, esencialmente, por excluir la libertad negocial para elegir al contratante y establecer las bases generales de la contratación, como asimismo, para reconocer las prerrogativas públicas.

VII. EL RÉGIMEN DE CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACION NACIONAL

1. NECESIDAD DE LA REFORMA Y REORDENAMIENTO DEL RÉGIMEN DE CONTRATACIONES: SU FUNDAMENTO

A la luz de la evolución operada en los ordenamientos contractuales de aquellos países cuyos regímenes han sido fuente del nuestro, la configuración de nuevos principios generales y la extensión de las reglas de selección fundadas en dichos principios de la institución contractual, cualquiera fuera la condición jurídica del contrato (administrativo o mixto, de objeto privado) y, al propio tiempo, los deberes asumidos en tratados internacionales (vgr. Convención contra la Corrupción), se tornaba necesario la reforma y el reordenamiento del sistema que regía, con carácter general (Decreto Ley n° 23.354 de 1956, ratificado por la Ley n° 14.467), los contratos administrativos así como, en particular, el régimen de la obra pública (Ley n° 13.064).

La reforma se llevó a cabo por un decreto del Poder Ejecutivo dictado en el año 2001[217] en ejercicio de facultades delegadas, en el marco de la situación de emergencia, sobre materias de administración (art. 76 CN), como son aquellas inherentes a la contratación pública, a través de un nuevo régimen que posee jerarquía legislativa y no reglamentaria.

Fue así que tuvieron que transcurrir cuarenta y cinco años de vigencia de las normas de la Ley de Contabilidad para que, ante el fracaso de sucesivos proyectos legislativos, el Congreso

[217] Decreto 1023 de fecha 13 de agosto de 2001.

decidiera delegar en el Poder Ejecutivo las facultades pertinentes para dictar el nuevo régimen de contrataciones de la Administración Nacional a fin de suplir la inadecuación del régimen a las cambiantes condiciones que imperan en el campo de la contratación administrativa. En rigor –como se ha destacado– se trata de una regulación integral, siendo la primera vez que ello acontece en el ordenamiento nacional[218].

El fundamento que preside la reforma del régimen de contrataciones, como en forma reiterada se expone en los considerandos del Decreto 1023/01 se ha basado en la necesidad de fortalecer la competitividad de la economía, y en el objetivo de mejorar la eficiencia[219] de la Administración Nacional. Se parte de la creencia de que el incremento de la eficiencia[220] de la gestión reviste carácter estratégico por su impacto en el empleo, en la promoción del desarrollo de las empresas privadas y en la competitividad sistémica[221].

De otra parte, resultaba también necesario adecuar el régimen de contrataciones a la situación existente en materia de comunicaciones e informática legalizando las transacciones electrónicas y los procedimientos que permitan utilizar el formato y la firma digital en la documentación a presentar y en los expedientes administrativos.

Al propio tiempo, el régimen implica, de suyo, la supresión de los diferentes regímenes especiales de contratación vigentes con anterioridad, con la expresada finalidad[222] de uniformar los procedimientos de selección que utilizan los distintos organismos que componen la Administración Nacional para no encarecer los costos de presentación de las ofertas el cual, en definitiva, se traslada al precio de los bienes y servicios que paga el Estado.

2. Ambito subjetivo de aplicación

El régimen de contrataciones instituido por el Decreto 1023/01 (en adelante RCAN) se aplica, en primer lugar, a las contrataciones que celebra la Administración Nacional, sus organismos descentralizados o entidades autárquicas[223].

En segundo término, el art. 39 del RCAN prescribe, en forma preceptiva, el deber de reglamentarlo en el ámbito de los Poderes Legislativo y Judicial y del Ministerio Público. Esta norma indica que el ordenamiento se inclina por la concepción material u objetiva sobre la función administrativa[224], de la que la actividad contractual constituye una parte sustancial, cualquiera sea la ubicación del sujeto contratante en los órganos fundamentales del Estado. El hecho de prescribir la existencia de contratos administrativos en el seno de los tres poderes junto al reco-

[218] Cfr. Ortiz de Zárate, Mariana; Diez, Horacio Pedro, "Perfiles de la contratación administrativa a la luz del Decreto 1023/2001", en *Revista de Derecho Administrativo*, nº 44, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 50.

[219] Esto es, que la Administración Pública logre los resultados propuestos, mas con los mínimos costos económicos y sociales, siguiendo la conceptualización de Sarmiento García, Jorge, *Concesión de servicios públicos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, p. 340.

[220] Ampliar en Sola, Juan Vicente, *Constitución y Economía*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2004, p. 783 y ss., esp. p. 787, donde alude a la eficiencia económica de los programas públicos, y su efecto sobre la distribución del ingreso.

[221] Cfr. Considerando 4º del RCAN.

[222] Cfr. Considerando 15º del RCAN.

[223] El art. 2º del RCAN prescribe que el régimen será de aplicación a los procedimientos de contratación en los que sean parte los órganos y entidades comprendidos en el inciso a) del artículo 8º de la Ley nº 24.156 (Ley de Administración Financiera y Sistemas de Control).

[224] Cfr. Ortiz de Zárate-Diez, op. cit., p. 58.

nocimiento de contratos regidos parcialmente por el derecho privado revelan una pauta normativa clara en punto a la adopción del criterio sustantivo o material para la configuración del contrato administrativo, como se verá seguidamente.

3. AMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN: LA PRESUNCIÓN DE QUE TODA CONTRATACIÓN ES DE ÍNDOLE ADMINISTRATIVA. CONSECUENCIAS

Como regla general, el artículo 1° del Decreto 1023/01 establece la presunción de que toda contratación que realice la Administración Nacional (y por extensión los demás poderes del Estado) se presume de índole administrativa, "salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado".

Esta norma implica establecer, para el contrato que no se presume administrativo, una categorización privada que se apoya en la sustancia o fin del acuerdo, en la medida que los objetivos que se persiguen, en forma inmediata, difieren de los que se procuran en el ámbito de las contrataciones regidas totalmente por el derecho público. Consecuentemente, este paralelismo de figuras conduce a que si para excluir una determinada materia en razón de su sustancia (el precepto utiliza la frase "salvo que de ella" lo cual, obviamente, traduce un criterio material) la determinación del carácter administrativo del contrato no puede hacerse de otra manera que basándose en un criterio similar que permita la comparación, esto es, acudiendo al análisis del objeto o fin del contrato sobre la base de la función administrativa y de las operaciones que constituyen el giro o tráfico que la tipifica.

Veamos ahora cómo juega esa presunción y su excepción de cara al precepto contenido en el art. 4° del RCAN, el cual, al enunciar los contratos comprendidos en el régimen, incluye tanto los contratos administrativos como los regidos parcialmente por el derecho privado (contratos mixtos o de objeto privado) en tanto no resulten expresamente excluidos.

Sin embargo, la última parte del art. 1° del RCAN tiene que guardar sentido y coherencia dentro del régimen para tener operatividad ya que no es correcto interpretar que resulta derogado –en ese aspecto– por el art. 4 del RCAN. En tal sentido, el régimen debe aplicarse a todos los contratos que celebran los órganos del llamado sector público en los siguientes aspectos:

(i) en cuanto al procedimiento que rige la selección de los contratantes[225], al prescribirse el principio de la licitación pública o concurso público como regla general;

(ii) en la aplicación de principios comunes que rigen la contratación en el ámbito de la Administración Pública Nacional, tales como el de concurrencia, competencia entre oferentes, razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido, transparencia en los procedimientos, publicidad y responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que gestionen, autoricen o aprueben las contrataciones[226], todo lo cual configura la llamada "zona común" de la contratación estatal;

[225] Cfr. art. 24 primera parte del RCAN.

[226] Cfr. art. 3° del RCAN. La última parte de esta norma preceptúa que "Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden". A su vez, la Ley de Etica Pública 25.188 prescribe, entre los deberes de los funcionarios públicos, que éstos observen en las contrataciones públicas los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad (art. 2°, inc. h).

(iii) en lo inherente a las normas que regulan el concepto jurídico que el RCAN denomina "anticorrupción", las cuales se aplican indistintamente cualquiera fuera la condición jurídica del contrato de la Administración o el grado de injerencia del derecho público;

(iv) en los preceptos que reglamentan las contrataciones electrónicas.

A su turno, cabe preguntarse si el régimen exorbitante[227] –que contiene distintas prerrogativas de poder público– se aplica a los contratos de objeto privado[228].

Al respecto, las prerrogativas del régimen exorbitante tienen necesariamente que acotarse a los llamados contratos administrativos pues, de otra manera, el principio enunciado en el art. 1° última parte del RCAN quedaría desprovisto de vigencia, ya que no habría ninguna distinción de régimen jurídico en los contratos que celebra la Administración Pública, los cuales estarían sometidos a un régimen jurídico unitario.

Una interpretación contraria sería incompatible con la última parte del mencionado art. 1° que consagra la posibilidad de que se celebren contratos sometidos a un régimen jurídico de derecho privado, aunque esta aplicación sea parcial y su grado varíe en cada contrato. En otros términos, las prerrogativas del régimen exorbitante son algo típico del derecho público, no extensibles sin más a los contratos de objeto privado, por cuya razón no integran la denominada "zona común de la contratación administrativa". Esta es también la tendencia que se advierte en el derecho comparado[229].

Confirma esa interpretación la circunstancia de que la cláusula del art. 1° es específica y presenta una regulación más precisa que la enunciación genérica de los contratos comprendidos en el art. 4°.

De otra parte, lo que es aún más importante, si el art. 1° se interpretara en sentido inverso, quedaría éste desprovisto de aplicación, contrariando la regla que indica que la interpretación más razonable es la que permite la coexistencia de regímenes jurídicos diferentes, sin perjuicio de las variaciones que refleje cada contrato en punto a la mayor o menor proporción de elementos públicos o privados en su régimen jurídico, lo cual puede plantearse, particularmente, en los llamados contratos atípicos en los que se combinan elementos de ambas ramas jurídicas, como por ejemplo el contrato de construcción de una obra pública con un fideicomiso o un contrato de préstamo mercantil.

4. Continuación: contratos incluidos y contratos excluidos

Como se ha puesto de manifiesto, el RCAN configura una regulación integral del ordenamiento que rige las contrataciones en el sector público nacional, extendiendo la parte común de la regulación ("zona común de la contratación administrativa") a los contratos de objeto privado.

No obstante ello, siguiendo una técnica establecida en el ordenamiento español, el RCAN excepciona el principio de regulación integral, prescribiendo cuáles contratos se encuentran expresamente comprendidos y cuáles excluidos de la aplicación del régimen de contrataciones.

[227] Prescripto en el art. 12 del RCAN.

[228] La existencia de los contratos regulados por el derecho privado, que prescribe el RCAN, conforme a la tesis que venimos sosteniendo a nivel doctrinario siguiendo a Marienhoff y Bielsa, ha sido reconocida en recientes trabajos; véase: Ortiz de Zárate – Diez, op. cit., p. 55.

[229] Cfr. arts. 7.2 y 9.2 de la LCAP de España.

Entre los contratos incluidos[230] menciona dos grandes grupos: a) compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente y b) obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias.

A su vez, los contratos excluidos[231] se enuncian del siguiente modo: a) los de empleo público[232]; b) las compras de caja chica; c) los que se celebren con estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos, sin perjuicio de la aplicación del RCAN cuando así se establezca de común acuerdo entre las partes en el respectivo instrumento que acredite la relación contractual y las facultades de fiscalización sobre este tipo de contratos que la Ley 24.156 y sus modificaciones confiere a los organismos de control[233], y d) los comprendidos en operaciones de crédito público[234].

Si bien se ha sostenido que la enumeración de los contratos comprendidos tiene sólo carácter enunciativo[235] ello es así en tanto se refiera a la "zona común de la contratación administrativa" puesto que a los contratos de objeto privado no se les aplican, en principio, las prerrogativas típicas del régimen exorbitante.

En cambio, la mención de los contratos excluidos se reputa taxativa, lo cual sólo significa la exclusión de dichos contratos del RCAN y no empece a la aplicación analógica de las normas pertinentes de la LNPA para la emisión de los actos vinculados a la formación de la voluntad de la Administración así como a los demás requisitos inherentes a su validez.

5. El régimen exorbitante y el carácter expreso que revisten las prerrogativas en el ordenamiento. Su eventual renunciabilidad o limitación

Una cuestión que se venía debatiendo en la doctrina y en la jurisprudencia era la del carácter implícito o no de las cláusulas exorbitantes, también llamadas prerrogativas de poder público, que solían reconocerse comprendidas –implícitamente– en el llamado régimen administrativo del contrato.

[230] RCAN art. 3° incs. a) y b).

[231] RCAN art. 5°, incs. a), b), c) y d).

[232] Ello, por cierto, no implica vedarles carácter de contratos; se recordará que, en "Guida, Liliana c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ empleo público", *Fallos*, 323:1566 (2000) se señaló que las prerrogativas del Estado en la relación de empleo público no son absolutas ni irrestrictas, sino que encuentran su límite en la imposibilidad de alterar la sustancia del *contrato*.

[233] El texto de este inciso contiene las modificaciones introducidas por el Decreto n° 666/03.

[234] El empréstito público constituye un contrato administrativo típico, conf. "Aquino, Virgina Clara c/ Chaco, Pcia. del y otro s/ ejecutivo", *Fallos*, 314:810 (1991), si bien más recientemente se ha eludido tal calificación, señalándose solamente que "la naturaleza jurídica" del empréstito público no significa la exclusión de toda responsabilidad de orden patrimonial por la modificación unilateral de las obligaciones en caso de conducta arbitraria o de lesión a derechos individuales dignos de protección, conf. "Brunicardi, Adriano C. c/ Estado Nacional (BCRA.) s/ cobro", *Fallos*, 319:2886 (1996).

[235] Cfr. Ortiz de Zárate; Diez, op. cit., p. 52.

Mientras un sector de la doctrina negaba esa posibilidad[236], otro consideraba que las llamadas cláusulas exorbitantes implícitas se encontraban comprendidas en el régimen contractual[237], como si fueran una suerte de principios generales del derecho público.

En tal sentido, la prerrogativa de poder público puede concebirse en dos sentidos diferentes, esto es como la propia potestad administrativa o bien, como una facultad que traduce el ejercicio de la potestad.

En el primer caso, existe una evidente asimilación entre prerrogativa y potestad, la cual debe surgir en forma expresa del ordenamiento en cuanto implica el sometimiento a un poder de sujeción, en forma abstracta y genérica, sobre las personas, lo cual no puede disponerse sino por ley (argumento que se funda en el art. 19 de la CN).

Al contrario, la prerrogativa puede concebirse como una facultad que traduce el ejercicio de la potestad, que autoriza a declarar, incluso, inaplicable una determinada prerrogativa o limitar su alcance y efectos, en la medida en que no se contravenga el orden público administrativo ni el fin de interés público relevante[238] que la Administración persigue al celebrar el contrato.

Esta última interpretación se adecua a lo prescripto en el sistema del RCAN y que todo dependerá, en definitiva, de las prescripciones expresas del pliego de bases y condiciones y de la documentación contractual, tal como lo estatuye el artículo 12 primera parte de dicho decreto que, al par que consagra la configuración de las prerrogativas de poder público en forma expresa y como parte del régimen exorbitante, permite interpretar que deja abierta la posibilidad de que la Administración se obligue limitando –por ejemplo– la cláusula de rescate, para obtener mejores cotizaciones de los oferentes (frente al menor riesgo que representa el ejercicio pleno de dicha facultad) y favorecer una mayor competitividad y concurrencia.

En otros supuestos, el ejercicio de la prerrogativa debe llevarse a cabo de acuerdo a los límites prefijados, cuando la potestad está expresamente configurada, en cuanto al alcance de su contenido y existen razones de orden público, de moralidad administrativa y de promoción de la concurrencia que impiden renunciar al ejercicio de la prerrogativa. Esto acontece, por ejemplo, con relación a la prerrogativa de declarar la caducidad del contrato, en caso de incumplimiento de las obligaciones esenciales a cargo del contratante la cual, en principio, resulta irrenunciable, aunque la norma autoriza a que la Administración pueda estipular, en los pliegos de bases y condiciones o en la documentación contractual (esto

[236] En este punto, MAIRAL coincide en gran parte con la tesis que hemos venido sosteniendo en trabajos anteriores, aunque con diferentes fundamentos y metodología, véase: MAIRAL, Héctor A., "De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo", ED, 179-655 y "El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo", ED, 180-849 y CASSAGNE, Juan Carlos, "La delimitación de la categoría del contrato administrativo (Réplica a un ensayo crítico)", ED 181-942, especialmente p. 954 y ss.; ver también: PÉREZ CORTÉS, María Jeanneret de, "Acto Administrativo y Contrato Administrativo", en AAVV, *Contratos Administrativos*, Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1999, ps. 144 y 146, sostiene acertadamente que: "Es lo público –el sujeto y la actividad o función, con sus fines– lo que determina la existencia de un "régimen de derecho público, exorbitante del derecho privado (en cuanto propio del derecho público y no de las mal llamadas "cláusulas exorbitantes implícitas") y lo que puede justificar, en su caso, también la existencia de cláusulas exorbitantes, pactadas". (op. cit., p. 144).

[237] MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T° III-A, 3° ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 80 y ss.

[238] DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, T° II, ed., Omeba/Plus Ultra, Buenos Aires, 1965, p. 455, señala que la verdadera razón que justifica la prerrogativa de la Administración se encuentra en la relación inmediata del contrato con la satisfacción del interés público.

último en la contratación directa), los efectos de la declaración de caducidad, rescisión o resolución[239].

En cualquier caso, si la Administración no ejerciera su poder para reglamentar, limitar o declarar inaplicable una determinada facultad por razones de interés público, las prerrogativas establecidas en el art. 12 del RCAN integran el régimen jurídico exorbitante del contrato, lo que marca una distinción sustantiva respecto del régimen jurídico de los contratos de objeto privado que puede celebrar la Administración. Estos últimos resultan parcialmente regulados por el derecho administrativo, en punto a la competencia, las formas y, especialmente, las reglas que reglamentan el procedimiento de selección, así como la aplicación de los principios generales que rigen las contrataciones de la Administración (conforme al precepto contenido en el art. 3° del RCAN), entre los cuales no figuran las prerrogativas que integran el régimen exorbitante.

6. La regla de la ejecutoriedad: las excepciones al principio

El art. 12 inc. a) del RCAN prescribe que los actos que se dicten en ejercicio de las prerrogativas allí enunciadas tendrán "los caracteres y cualidades otorgados por el art. 12 de la LNPA". Aunque era innecesario decirlo –dada la aplicación– "en lo que fuere pertinente" de dicho principio general del acto administrativo prescripto por el art. 36 del RCAN (al modificar el art. 7° de la LNPA) la norma viene a reafirmar –con los alcances antes señalados– la ejecutoriedad como nota típica que poseen los actos administrativos mencionados en la primera parte del inc. f) del art. 12 del RCAN.

En esta materia corresponde aclarar que la ejecutoriedad no constituye una regla absoluta y que lejos de comprender la ejecución coactiva del acto, exige la intervención judicial cuando esta forma de ejecución recae sobre los bienes y/o las personas, salvo casos excepcionales (como, por ejemplo, la autotutela sobre bienes del dominio público), dado que por la "naturaleza" del acto de ejecución (argumento del art. 12 de la LNPA) se trata de una típica función jurisdiccional a cargo de los jueces.

Tampoco procederá la ejecutoriedad, que permite disponer el cumplimiento del acto sin acudir a medios coactivos si el respectivo acto carece de presunción de legitimidad y cuando se prescinda de la exigencia de cumplir con todos o algunos de los requisitos exigidos por el art. 7° de la LNPA y tratarse de una omisión manifiesta, pues el cumplimiento de esos recaudos resulta preceptivo a tenor de lo prescripto en el art. 11 del RCAN.

7. Sobre la estabilidad de los contratos y el alcance de las facultades delegadas

Casi no se discute, en el campo del derecho administrativo, que la regla de la inalterabilidad de los contratos se encuentra paralelamente acotada por el "ius variandi" y que el equilibrio entre el ejercicio de esta última prerrogativa y el derecho a la estabilidad del contrato se vincula tanto con

[239] Art. 12 inc. a) del RCAN. La fuente de este precepto es el art. 59 de LCAP n° 2/2000, aunque la norma española sólo se refiere a la prerrogativa de interpretar el contrato, modificarlo por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.

la seguridad jurídica como con el principio general de la buena fe, el interés público y los derechos patrimoniales del contratista, protegidos por la garantía de la propiedad establecida en el art. 17 de la CN[240].

No resulta razonable ni lógico que la alterabilidad del contrato constituya una prerrogativa absoluta e ilimitada de la Administración, como si fuera una suerte de extensión del principio de riesgo y ventura a cargo del contratista. Es evidente que una interpretación autoritaria de la prerrogativa puede desalentar, potencialmente, a los buenos contratistas, al afectarse la seguridad jurídica y hacerse más oneroso el costo de las prestaciones que debe satisfacer el Estado.

En este punto, aunque el RCAN establece límites al ejercicio del "ius variandi", consagra una regla confiscatoria al prescribir que si el contratista se niega a aceptar la modificación propuesta, el contrato se considera rescindido sin culpa de las partes, lo cual a todas luces resulta inconstitucional pues cercena el derecho de propiedad del contratista (art. 17 CN) y viola el principio de igualdad, al hacerle soportar, de un modo desigual, la carga de los perjuicios derivados de la rescisión del contrato, por razones de interés público.

Por otro lado, se encuentra la facultad de revocar los contratos administrativos por razones de interés público, en cuyo supuesto el citado inc. f) del art. 12 del RCAN prescribe que no se indemnizará el lucro cesante. Este precepto (que no figura en la ley española) altera el principio de la estabilidad contractual generando una gran incertidumbre en los contratistas, lo cual puede gravitar negativamente en las inversiones necesarias para el crecimiento del país[241].

De todas maneras, aparte de que la revocación por razones de interés público es una figura incompatible con la regla de que los contratos se celebran para ser cumplidos porque son la "lex inter partes" (siendo más afín aplicarla en el ámbito del acto administrativo unilateral o bilateral en sus efectos, que es, en rigor, de donde proviene), como esta especie de extinción posee idéntica "ratio juris" que la expropiación se requiere, en todos los supuestos, el dictado de una ley declarativa de la utilidad pública y un procedimiento reglado para cumplir con el recaudo de la previa indemnización, conforme a lo prescripto en el texto constitucional (art. 17 CN).

Como es obvio, siendo la norma que regula la revocación por razones de interés público el ejercicio de una potestad delegada que corresponde privativamente al Congreso, resulta inconstitucional delegar una atribución legislativa en forma genérica, sin determinar el plazo para su ejercicio y la determinación concreta de la declaración legislativa, como lo exige la ley de expropiaciones[242]. Esta objeción no nos parece que pueda cubrirse apelando al argumento de la prórroga genérica de la vigencia de las delegaciones que dispuso la Ley 25.148[243], ya que una ley no puede soslayar el cumplimiento de normas constitucionales que, en el caso, son tan claras como taxativas y se encuentran por encima de las leyes.

[240] Sobre el derecho de propiedad de los contratistas, ver SACRISTÁN, Estela B., "Aspectos constitucionales de la renegociación de los contratos de prestación de los servicios públicos", en *Debates de Actualidad – Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, Año XVIII, nro. 191, Julio/Octubre de 2003, ps. 15/35.

[241] Es que el lucro cesante, en tanto acreditado, debe ser indemnizado: sostuvo la Corte Suprema que "la legitimidad del proceder del Estado en la resolución unilateral del contrato no lo releva de la obligación de resarcir los daños que de aquél se hubiesen derivado, que no puede limitarse al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas debida y estrictamente *comprobadas*", "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería SAICFI c/ Dirección Nacional de Vialidad", *Fallos*, 306:1409 (1984).

[242] Art. 5° primera parte, de la ley 21.499. En cambio, la declaración genérica de la utilidad pública resulta excepcional y se vincula a los proyectos o planes urbanísticos de ejecución diferida (art. 5°, segunda parte, ley cit.).

[243] Como lo sostienen ORTIZ DE ZÁRATE; DIEZ, op. cit., p. 72.

En suma, resulta incompatible con la seguridad jurídica y el principio de transparencia, que se interprete que las prerrogativas del RCAN revisten carácter absoluto y discrecional, incluso por encima de las garantías constitucionales, permitiendo la consumación de actos susceptibles de provocar una verdadera confiscación de derechos patrimoniales y contribuyendo a instrumentar herramientas que, en manos de funcionarios deshonestos, favorecen la corrupción en el seno de la Administración y de los otros poderes del Estado.

VIII. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

1. Clasificación de la responsabilidad patrimonial del Estado: A) Civil o de Derecho Privado; B) De Derecho Administrativo

En el ámbito de vigencia del derecho interno[244], la reparación que debe satisfacer el Estado cuando fuera declarado responsable por la realización de un acto o hecho dañoso al patrimonio de los particulares o el incumplimiento de un contrato puede obedecer a una relación de Derecho Civil o de Derecho Administrativo.

Cuando los daños provengan de la actuación del Estado en el campo del Derecho Civil o Mercantil (vgr. bienes del dominio privado del Estado, actos de comercio de los bancos oficiales, etc.) la responsabilidad se rige según las reglas del Derecho Privado que en nuestro país se hallan en el Código Civil. Se trata de una responsabilidad directa, basada principalmente en la noción de culpa, siendo aplicables, entre otros, el artículo 43 y las disposiciones de los artículos 512 y 1109 del Código Civil, según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual[245].

En cambio, cuando la causa generadora de la responsabilidad fuera la actuación estatal dentro del campo de la función administrativa en ocasión de la misma, la reparación se regirá por los principios del Derecho Público, aun cuando pueda aplicarse para uno de los tipos específicos de responsabilidad, el artículo 1112 del Código Civil, que nada tiene que ver con la responsabilidad del agente público, como erróneamente han pretendido algunos sectores de la doctrina y se advertía en cierta jurisprudencia de nuestros tribunales. A esta clase de responsabilidad la denominamos de Derecho Administrativo y ella puede, a su vez, subdividirse en varias especies y subclasificaciones.

2. Especies de responsabilidad patrimonial del Estado regidas por el Derecho Administrativo: A) contractual; B) extracontracual

La división de la responsabilidad en dos grandes especies, contractual y extracontractual, que tienen un gran arraigo en el Derecho Civil, también puede formularse en el Derecho Administrativo, aunque sobre bases diferentes, ya que en ambos casos la restitución debe regirse por las

[244] Si bien existe la responsabilidad internacional del Estado, este tema pertenece al Derecho Internacional Público.

[245] No obstante las críticas que nos merece la adopción del sistema civilista en cuanto se apoya fundamentalmente en la noción de culpa.

reglas de la llamada justicia conmutativa (la igualdad se realiza de objeto a objeto, salvo que la condición persona sea causa de distinciones reales). La distinción no está en la fuente de la responsabilidad sino en el hecho de aplicarse la responsabilidad a un vínculo contractual o extracontractual. Se trata de una clasificación que responde sobre todo a fines didácticos, pues si la restitución es siempre un acto de la justicia conmutativa (que obliga a reparara en proporción a la cosa, restableciendo la igualdad alterada por la producción del daño) la reparación debida guarda conformidad con un principio de justicia legal o general, por cuyo mérito el deber del administrado a soportar las cargas públicas (en sentido lato, este concepto comprende todo acto o hecho estatal que produce un perjuicio) exige que todo sacrificio se imponga en forma igualitaria, porque sería injusto que un particular debiera soportar, de un modo desigual, la actividad administrativa dañosa. Pero la restitución siempre será un acto de la justicia conmutativa porque ella, en si misma, no es de justicia legal o general sino que es de justicia particular, donde se restituye algo a un individuo en proporción a la cosa y no a la posición o participación que ese individuo tenga como parte en la comunidad.

De otra parte, debe advertirse que el hecho de haberse descartado la noción de acto ilícito culposo no implica que la extensión de la reparación deba diferenciarse en todos los casos de las reglas civiles, aun cuando haya matices y sustanciales diferencias, sobre todo en la responsabilidad por acto legítimo.

Tampoco toda la responsabilidad extracontractual tiene idéntica naturaleza y régimen jurídico, debiendo distinguirse los supuestos en que la actuación del Estado sea ilegítima, de aquellos otros casos en que se trate de actuaciones legítimas.

Desde luego que este concepto de ilegitimidad –que comprende tanto la ilegalidad objetiva como la irrazonabilidad o injusticia– no lleva como presupuesto la noción de culpa, sino la de incumplimiento irregular de la función administrativa conforme a una idea similar a la *faute de service* del Derecho francés, donde se sustituye el dato de la culpa por el relativo al funcionamiento defectuoso del servicio, juzgado de acuerdo a las leyes y reglamentos administrativos. Este funcionamiento defectuoso puede configurarse por una acción u omisión del Estado; esta última en tanto sea antijurídica, lo que significa que, aunque no exista norma expresa, debe existir un deber jurídico que consagre la garantía de la obligación de obrar del Estado en determinado sentido[246]. En tales casos, la reparación debe ser integral, ya sea que se trate de la actuación de la Administración Pública como de los daños ocasionados por la actividad legislativa (vgr. ley inconstitucional) o judicial (vgr. condena dictada por error). La razón de ello es muy simple: no es justo obligar a los administrados a que soporten todas las consecuencias perjudiciales de la actividad ilegítima del Estado (vgr. no indemnización del lucro cesante). No hay ningún principio de justicia que sustente la improcedencia de indemnizar los perjuicios resultantes, directos o indirectos[247].

Las cosas cambian cuando se trata de daños causados por una actuación estatal que se reputa legítima (ya sea de naturaleza administrativa, legislativa o judicial) pues allí es posible sustentar que si bien existe en tal caso el deber de los administrados de soportar sacrificios patrimoniales por razones de interés público o bien común, es justo que la reparación deba limitarse al valor

[246] Vide Suprema Corte de Mendoza, 4-IV-1989, *in re* "Torres, Francisco c/ Prov. de Mendoza", LL del 17-VII-1989, con nuestro comentario.

[247] Cuando un acto o hecho es voluntariamente ilegítimo "es más grave que la simple injusticia y equivale a un daño mayor". SANTO TOMÁS, *Tratado de la Justicia*, Cap. V, art. 4, in fine (II-II, q. 67).

objetivo del derecho sacrificado y a todos los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actuación estatal, con exclusión del lucro cesante, de las circunstancias personales y de las ganancias hipotéticas[248].

Esta solución se justifica en virtud a que no parece justo que la restitución de los demás conceptos deba ser soportada por la comunidad, produciendo un beneficio para el particular por causa de la utilidad pública, porque si el interés público no debe ser objeto de ventajas para los particulares, la indemnización acordada para restaurar el equilibrio patrimonial debe limitarse al daño emergente[249].

Por el contrario, la indemnización tiene que ser integral en los supuestos de responsabilidad del Estado por actividad ilegítima, ya que es el modo de compensar un sacrificio impuesto por una actuación que el administrado no está obligado a soportar y cuyo daño no se origina en una razón de utilidad pública (interés público o bien común) sino en el ejercicio irregular de la función administrativa.

IX. EL SERVICIO PUBLICO

1. APARICIÓN DE LA TÉCNICA DEL SERVICIO PÚBLICO. LA *PUBLICATIO* Y LA CONCEPCIÓN OBJETIVA COMO EJES DE LA NOCIÓN JURÍDICA.

La noción de servicio público aparece, en el campo del Derecho Administrativo, sin que preexista una definición legal que la tipifique y sin que se establezcan sus caracteres de una manera precisa[250]. Por obra de la doctrina y jurisprudencia francesas, se fue perfilando una institución, con un régimen jurídico peculiar de Derecho Público, destinada a regir las activida-

[248] Es el criterio establecido en el art. 10 de la Ley Nacional de Expropiaciones 21.499.

[249] La Corte Suprema de Justicia de la Nación consagró expresamente esta tesis en el caso, "Cantón, Mario Elbio c/ Gobierno Nacional" (*Fallos*, 301:405 y ss.). Allí se sostuvo que el resarcimiento debía comprender el daño emergente para restaurar el equilibrio patrimonial alterado por el accionar legítimo de la Administración. Se trató de una demanda donde se perseguía la reparación de los perjuicios provocados por el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional n° 2118/71 que prohibió la importación de determinados productos con el objeto de nivelar la balanza de pagos y proteger la industria nacional que afectó contratos concluidos y en vías de ejecución. Luego de admitir que esa actividad lícita del Estado podía ser "la causa eficiente de daños a particulares y generar la responsabilidad consiguiente cuando afecte derechos amparados por garantías constitucionales" (art. 17 CN) la Corte aplicó, por analogía, para establecer la medida de la indemnización, el criterio estatuido en el artículo 10 de la ley 21.499. Al respecto, resulta ilustrativo destacar lo expuesto en el considerando 8° de dicho precedente, como una demostración más del carácter justo y novedoso que presenta la evolución de las instituciones administrativas en la realidad de la jurisprudencia. Dijo la Corte que, admitida la procedencia del resarcimiento del particular por los daños provocados por la actividad lícita (nosotros preferimos decir legítima) del Estado, "la reparación debe atender, ante la falta de normas expresas sobre el punto, al modo de responder establecido en instituciones análogas (art. 16 CC), debiendo aceptarse en la especie que la expropiación es la que guarda mayor semejanza con el supuesto planteado, por el ámbito en que se desenvuelve, la finalidad que persigue y la garantía que protege. De ahí que sus normas resultan viables para determinar el perjuicio sufrido por la demandante, no siendo procedente las propias del Derecho común relativo a la responsabilidad civil". (*Fallos*, 301:407).

[250] WALINE, Marcel, "La noción de servicio público", en *LL*, t. 75, p. 945, señala que "con la misma expresión servicio público, se designan, según el día, la ocasión o las circunstancias cosas muy diferentes", sobre el concepto de servicio público; véase: SILVA CENCIO, Jorge A., *Servicio Público y Concesión de Servicios Públicos*, Montevideo, 1980, p. 15 y ss.

des de prestación tendientes a satisfacer necesidades de interés general que asumió el Estado y que éste pasó a prestar, a partir del siglo pasado, en forma directa o indirecta.

El concepto de servicio público fue objeto de trascendentes debates doctrinarios, habiéndose señalado la existencia de una profunda crisis institucional en la noción, la cual, sin embargo, subsiste en la mayor parte de Europa Occidental. Desde aquellos autores vinculados a la Escuela de Burdeos que llegaron a propiciar que toda la actividad estatal debía ser considerada servicio público (Duguit, Jèze, Bonnard, etc.) hasta quienes, en el otro extremo, propusieron suprimir radicalmente el concepto[251], han sido numerosos los criterios doctrinarios elaborados para caracterizar el servicio público.

El servicio público, ateniéndonos a una concepción objetiva que se basa en la naturaleza material de la actividad, se circunscribe, a una parte de la actividad administrativa del Estado[252] quien puede, a su vez, encomendar, conceder o atribuir el ejercicio de los correspondientes cometidos a los particulares, ya fuera a través de la figura de la concesión o por otros medios jurídicos como la gestión concertada, el permiso, etcétera[253].

Esas actividades, cuando son prestadas por los particulares, se encuentran regidas por un régimen que es el común de la función administrativa, instituido para asegurar la continuidad, igualdad, regularidad y obligatoriedad de las prestaciones que satisfacen primordiales necesidades públicas. El particular, no obstante ser –en estos casos– un colaborador de la Administración Pública se halla sujeto a las potestades de ésta y, especialmente, a la fiscalización o control de la actividad que presta, sin perjuicio de lo cual, también suele recibir, por alguna de las técnicas de transferencia (siempre que la función sea delegable o transferible por su naturaleza), determinados poderes públicos que pertenecen *jure propio* a la Administración[254].

La adopción de un criterio técnico jurídico para caracterizar la noción de servicio público implica que éste se traduce en una actividad distinta a la regida por el Derecho Privado y, por lo tanto, extraña a la esfera de libertad o franquía individual, importando la declaración como pública de una determinada función (*publicatio*)[255] lo cual determina, a partir de ese momento, que el ejercicio de la correspondiente actividad es servicio público y pasa a ser regulada por el Derecho Administrativo. Tal criterio supone desechar la noción subjetiva u orgánica ya que no hay interdicción alguna de principio para que los particulares presten materialmente los servicios públicos, no sólo a título propio sino como colaboradores de la Administración Pública, o bien, *jure propio* en aquellas actividades cuya titularidad les pertenece (como son los llamados servicios públicos impropios: taxis y farmacias).

[251] De Corail, Jean Louis, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, Paris, 1954, p. 1 y ss.; en nuestro país: Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, Buenos Aires, cap. XIV, ps. 12-14.

[252] Concepción que, sin embargo, no se observa en materia contractual en aquellos países, como Francia, que han montado la noción de contrato administrativo, en razón del objeto, sobre la base de un concepto amplísimo de servicio público que equivale, en los hechos, a la propia función administrativa. Sin embargo, ello no trastrueca la noción técnica estricta pues aquella concepción extensiva sólo tiene sentido como cláusula general determinante de la naturaleza del contrato y de la competencia jurisdiccional para resolver las controversias que se suscitan con motivo de la celebración, ejecución, modificación o extinción de los contratos administrativos.

[253] Maiorano, Jorge Luis, "Algunas reflexiones acerca de la noción de servicio público", en *RADA*, nro. 14.

[254] La Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que "la concesión de un servicio público importa atribuir a una persona de derecho privado una función que es propia del Estado y, a fin de asegurar el funcionamiento del servicio y otorgar una cierta estabilidad económica a su prestación, el concesionario se subroga a los poderes públicos en un conjunto de potestades y privilegios" (*Dictámenes*, t. 112, p. 177).

[255] Véase: De la Cuetara, Juan Miguel, *La actividad de la Administración*, Madrid, 1983, ps. 169-170.

El requisito de la existencia de ley (formal y material) como presupuesto *sine qua non* de la configuración del servicio público[256], puede surgir en forma expresa o tácita, lo cual no implica postular la tesis de la omnipotencia legislativa ya que si se atribuye calidad de servicio público a una actividad que no puede revestir tal condición, ello no restringe la facultad que poseen los jueces para desconocer su configuración mediante la interpretación del ordenamiento positivo[257] y de los principios generales del Derecho Administrativo. La declaración legislativa resulta también imprescindible para que se configure un servicio público impropio por las razones que más adelante se exponen.

2. La configuración de un concepto sobre el servicio público

La idea objetiva del servicio público[258] se combina con dos aspectos complementarios que permiten configurar el llamado servicio público propio a saber: *a)* la declaración legislativa que una actividad de prestación configura un servicio público (*publicatio*) y *b)* las notas que perfilan los caracteres de su régimen jurídico (regularidad, continuidad, igualdad, obligatoriedad y prerrogativas de poder público). En rigor, todo servicio público (ya sea propio o impropio) consiste en una prestación obligatoria y concreta[259], de naturaleza económica-social, que satisface una necesidad básica y directa del habitante (correos, transportes, electricidad, etc.)[260].

De lo expuesto se sigue –en primer término– que la noción de servicio público propio se limita a los que presta el Estado directa o indirectamente –ya sea por concesión o atribución legislativa (vgr. las sociedades del Estado)– sin que influya la forma jurídica que posea la entidad prestataria.

En segundo lugar, hay que advertir que, ante la insuficiencia de la iniciativa privada, el Estado suele realizar también –en concurrencia con los particulares– actividades de interés público, de titularidad privada (por ejemplo: enseñanza y salud pública). En tal caso, aparece una virtual coincidencia entre el régimen del servicio público propio y el que corresponde a las actividades de interés público que lleva a cabo el Estado ya que, en ambos supuestos, se aplica el régimen común y propio de la función administrativa.

[256] Canasi, José, *Derecho Administrativo*, t. 2, Buenos Aires, p. 12.

[257] Conf. Oyhanarte, Julio, *La expropiación y los servicios públicos*, Buenos Aires, 1954, p. 55. Afirma este autor que "la presencia o la ausencia del servicio público depende por entero de una decisión legal, *lato sensu*, que puede ser expresa o tácita. Cuando es expresa, por supuesto el texto de la ley suprime las dificultades interpretativas. Incluso debe tenerse en cuenta que si una ley positiva erróneamente atribuye de modo expreso el carácter de servicio público a determinada actividad, pese a que, en principio, no cabría discutir tal calificación legal, la realidad prevalecerá tarde o temprano sobre la decisión del legislador".

[258] Seguida, en general, por nuestra doctrina: Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, t. II, Buenos Aires, 1981, p. 21 y ss.; Diez, Manuel María, *Manual de Derecho Administrativo*, t. 2, Buenos Aires, 1979, p. 16 y ss.

[259] Linares, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1986, ps. 510-511. Del carácter obligatorio de la prestación derivan importantes consecuencias jurídicas tanto en punto al derecho de los usuarios a reclamar el cumplimiento efectivo del servicio como en lo que respecta a su exigibilidad por parte de la Administración Pública cuando las prestaciones se encuentran a cargo de personas privadas y, al importar una restricción al principio de la libertad, la noción de servicio público debe ser excepcional.

[260] La concepción objetiva no ha sido aceptada por Laubadère para quien no existen servicios públicos por naturaleza sino criterios subjetivos que emanan de la intención de los gobernantes (*Traité de Droit Administratif*, t. I, nro. 997 y ss, Paris, 1970, p. 547), lo que ha merecido la crítica de la doctrina (Vedel, Georges, *Derecho Administrativo*, traducción de la 6ª ed. francesa, Madrid, 1980).

En definitiva, la reducción del concepto del servicio público[261] a la prestación individualizada[262] de actividades tendientes a satisfacer necesidades primordiales y directas de los habitantes cuya titularidad el Estado asume como propias implica separar aquellas actividades de interés público que los particulares pueden ejercer *jure propio*, en concurrencia o no con la Administración Pública, habida cuenta que éstas pueden regularse mediante las técnicas de policía o limitación. Lo contrario implicaría forzar un régimen como el que tipifica al servicio público, que prevé mecanismos de acceso, intervención y control que resultan notoriamente distintos e inaplicables a las actividades particulares (vgr. la igualdad de acceso a la enseñanza privada).

En lo que concierne a la utilidad de la noción de servicio público, si bien no presenta el interés que tiene en el derecho francés como delimitador de la competencia de los tribunales administrativos[263] y pieza central de la definición del contrato administrativo[264], ella implica en Argentina, aun para el concepto restringido que se ha adoptado, la aplicación del régimen jurídico peculiar y específico del servicio público a determinadas actividades que prestan el Estado o los particulares.

3. Acerca de los servicios públicos impropios. Las actividades de interés público. Los llamados servicios sociales

Se ha dicho que la importancia del debate producido alrededor de la noción de servicio público se advierte en la revisión total operada en las categorías del Derecho Administrativo para encuadrar en la nueva realidad[265].

Como esta realidad se apoya en elementos históricos evolutivos, de cada país, no hay realmente una fórmula universal en cuanto a los cometidos que configuran servicios públicos lo que no es óbice para acudir a las categorías fundamentales elaboradas por la doctrina y jurisprudencia comparadas, en la medida que fueren compatibles con los principios y reglas (legales o jurisprudenciales) de nuestro Derecho Público.

En ese marco, la categoría del servicio público impropio permite excepcionalmente extender el régimen jurídico de dicha institución a determinadas actividades que prestan los particulares que constituyen un servicio virtual[266] u objetivo.

[261] La noción restringida del servicio público ha sido postulada por la jurisprudencia de la Cámara Comercial –Sala III– en el caso "Inversor S.C.P.A." publicado en *LL*, 1980-D-558, con nota de Horacio P. Fargosi, sosteniendo que la actividad bancaria no configura un servicio público sino una mera actividad de interés general.

[262] Apunta Linares que "... el servicio público debe consistir en prestaciones específicas y determinadas. Aunque reconocemos que la cuestión es opinable nos decidimos a excluir del concepto los servicios *uti universi* es decir los de defensa, seguridad y otros indeterminados frente a muchos destinatarios. De lo contrario, toda función pública sería servicio público, debido al hecho de que el administrado tenga derecho a recibir beneficio y que se las tenga que cumplir con respeto a la regla de igualdad y en forma regular" (*op. cit.*, p. 511).

[263] Sin embargo, el criterio del servicio público como delimitador de la competencia de la justicia federal en lo contencioso administrativo de la Capital Federal, ha sido postulado aun respecto de aquellos servicios públicos de utilización facultativa para atribuir dicha competencia en el juzgamiento de las cuestiones que se planteen en torno a ellos, sosteniendo que "aun cuando se admita que el vínculo entre el usuario y la empresa es contractual ello no implica excluir el sometimiento del primero al *status* reglamentario fijado por la Administración, cuya facultad de modificar dicho *status* no queda afectada por la conclusión del contrato" (C.N.Federal en pleno *in re*, "Uriburu de Aldao, María C. c/ENTel" de fecha 4-XII-75, publicado en *LL*, 1976-A, ps. 357-358).

[264] Laubadère, André De, *Traité Théorique et pratique des Contrats Administratifs*, t. I, Paris, 1956, p. 59 y ss.

[265] Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho Administrativo General*, 2ª ed., Bogotá, 1966, p. 261.

[266] Véase: Vedel, Georges, *op. cit.*, trad. del francés, p. 645 y ss.

Lo curioso es que el servicio público impropio[267] no aparece como una excepción al principio de la titularidad privada de la pertinente actividad sino como una mera extensión del régimen jurídico del servicio público propio, cuya fuerza expansiva no llega, sin embargo, a producir una verdadera *publicatio*. Por ese motivo, el servicio público impropio existe sólo por extensión, al faltarle una de sus notas centrales[268], situación que conduce a prescindir del sistema de la concesión o permiso como presupuesto del otorgamiento del derecho a ejercerlo, para sustituirlo por la autorización.

Del carácter excepcional que particulariza a esta figura se desprende la necesidad de que exista declaración legislativa que establezca que una determinada actividad, de titularidad originaria privada, se convierta en servicio público y pase a regirse por su régimen jurídico, especialmente en lo que atañe a las reglas, a las que deberá ceñirse la pertinente actividad, que exigen una prestación obligatoria, regular, igualitaria y continua del servicio por parte de los particulares.

El Estado puede asumir también la realización de actividades de interés público de titularidad privada como son la enseñanza[269] y la actividad bancaria[270] entre otras, pero, en tal caso, si bien el régimen de tales actos puede ser, en algunas circunstancias, el que es propio de la función administrativa, ello no provoca una mutación o extensión del régimen jurídico del servicio público, cuando las actividades son prestadas por los particulares. De ese modo, no rigiendo la obligatoriedad se mantiene el principio de la libertad, el cual prevalece también sobre la regla de la igualdad que veda el acceso a la prestación en condiciones discriminatorias, principio que configura un verdadero derecho subjetivo de admisión, reservado al particular que realiza la prestación[271].

Tratándose de actividades de titularidad privada originaria el derecho a ejercerlas por parte de los particulares es pleno, lo que no significa, sin embargo, que sea absoluto ya que, en principio, todo derecho subjetivo tiene que ejercerse conforme a las leyes que lo reglamentan (art. 14, Cont. Nac.), teniendo en cuenta, además, que reglamentar un derecho no es degradarlo ni suprimirlo o limitarlo irrazonablemente, sino hacerlo compatible con el derecho de los demás, y en este caso, con el interés general o público[272].

En cambio, la realización de servicios públicos está dentro de la finalidad[273] que asume el Estado a través de la *publicatio* (cuando son propios o en el caso de los llamados impropios,

[267] Véase: MAIORANO, Jorge Luis, *op. cit.*, p. 15 y ss.

[268] En Argentina existen actividades que configuran servicios públicos impropios, como el servicio de taxis. Un concepto más amplio de servicio público impropio es sostenido por Marienhoff incluyendo algunas actividades como el expendio de pan, carne y leche (*op. cit.*, t. II, ps. 39-40) que para nosotros constituyen actividades privadas que el Estado puede reglamentar en ejercicio del poder de policía.

[269] Conf. ESTRADA, Juan Ramón de, "Enseñanza privada y servicio público", *ED*, t. 119, p. 955 y ss., especialmente ps. 964-967, y BARRA, Rodolfo Carlos, "Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público", *LL*, 1983-B-363.

[270] Conf. MANZANEDO, J.A.; HERNANDO, J.; GOMEZ REINO, E., *Curso de Derecho Administrativo Económico*, p. 485, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1970; FARGOSI, Horacio P., *La actividad financiera privada ¿Servicio público impropio?*, en Estudios en Homenaje a Isaac Halperin, p. 739. En contra: LABANCA, Jorge, *Actividad bancaria como servicio público y autorización para funcionar como banco*, en *JA*, 1967-VI, Sec. Doc. p. 811.

[271] La jurisprudencia –en el caso "Fundación San Martín de Tours"– ha considerado que los colegios privados no se encuentran obligados a aceptar a todos los aspirantes a ingresar e hizo lugar a una acción de amparo tendiente a anular la intervención dispuesta por el Ministerio en el registro de inscripciones (conf. Sala IV de la Cám. Nac. de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sentencia de fecha 15-IX-81 publicada en *LL*, 1982-B-364, con nota de Barra).

[272] *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 136, p. 161 y ss., en el conocido caso "Ercolano c/Lanteri Renshaw".

[273] OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de, *Os Servicios de Utilidade Pública*, Curitiba (Brasil), 1940, p. 9.

mediante la respectiva declaración legal), supone siempre la observancia de reglas que implican la obligatoriedad de la prestación con prevalencia de la igualdad sobre la libertad, lo que se justifica en virtud del carácter primordial que reviste la atención de determinadas necesidades colectivas.

Los servicios públicos propios se distinguen también de los llamados servicios sociales que presta el Estado en áreas tales como la cultura, salud pública, previsión social, cuya gestión suele encomendarse a órganos u entes administrativos, sin perseguirse fines de lucro. Esta actuación estatal, para la realización de prestaciones que no poseen contenido económico, no implica reemplazar ni sustituir la iniciativa privada que, respecto de estas actividades, continúa regida por el principio de la libertad, sin perjuicio de lo cual –cuando la actividad la lleva a cabo el Estado– se aplican los principios y normas propios de la función administrativa[274].

En definitiva, salvo que se configure la *publicatio* tales actividades no son de titularidad estatal ni su otorgamiento se rige por las técnicas de la concesión de servicios públicos[275] ni del permiso.

4. Régimen jurídico: reglas generales relativas al funcionamiento de los servicios públicos

Las necesidades colectivas que se satisfacen por el procedimiento del servicio público y que justifican la *publicatio* o, en su caso, la declaración legislativa de una determinada actividad que desarrollan los particulares como "servicio público impropio", conducen a la institución de un régimen jurídico peculiar, que no es otra cosa que un aspecto del llamado "régimen exorbitante" o típico del Derecho Administrativo, constituido por una serie de prerrogativas, obligaciones y garantías[276]. Cuando el servicio público se encuentra prestado por el propio Estado en forma directa, ese régimen es parte de la función administrativa, aun cuando dentro de ésta posee caracteres específicos que lo tipifican y lo distinguen de otras formas de acción de la Administración Pública (vgr. policía). Lo peculiar, es aquí, la extensión del régimen administrativo del servicio a los particulares que prestan un servicio público (vgr. servicio de taxis o de transporte colectivo).

Importa advertir también que, en virtud de que las reglas generales que rigen el funcionamiento de los servicios públicos no se encuentran muchas veces legisladas de un modo expreso, el régimen jurídico se configura igualmente sobre la base de determinados principios generales del derecho[277], como el de la continuidad del servicio público, el cual se desprende de la naturaleza de la propia actividad que hay que satisfacer de un modo intermitente.

[274] Ver: Diez, Manuel María, *Manual de Derecho Administrativo*, t. 2, Buenos Aires, 1980, p. 13, considera que los servicios asistenciales son servicios públicos porque constituyen prestaciones que tienden a satisfacer necesidades de carácter general, conclusión que no compartimos por las razones que damos en el texto.

[275] Conf. Diez, Manuel María, *op. cit.*, t. 2, p. 13.

[276] En sentido similar: Benoit, Francis Paul, *Droit Administratif*, Paris, 1968, ps. 775-777. La doctrina de nuestro país considera que estas reglas y principios constituyen los caracteres del servicio público: Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. I, 3ª ed. Imprenta de la Universidad del Litoral, Santa Fe, 1937, p. 118; Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, t. II, p. 62 y ss.; Villegas Basavilbaso, Benjamín, *op. cit.*, t. III, p. 56; Gordillo, Agustín A., *Estudios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1963, p. 35; mencionando como tales a la continuidad, regularidad, igualdad y generalidad. Algunos autores incluyen, con razón, también, a la obligatoriedad (Sayagues Laso y Marienhoff), lo que tiene trascendencia en punto al derecho del usuario para reclamar la prestación.

[277] Ver: Cassagne, Juan Carlos, "Los principios generales del derecho en el derecho administrativo", Buenos Aires, 1988, p. 91, y Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. III, Buenos Aires, 1967, p. 207.

Veamos, en lo que sigue, algunos[278] de esos principios fundamentales:

4.1 El principio de la continuidad del servicio público. Las huelgas en los servicios esenciales

Si la causa que legitima la existencia de un servicio público es una necesidad colectiva de tal entidad que no puede satisfacerse de otra manera que mediante la técnica de esta institución, el modo de asegurar que la prestación se haga efectiva es, precisamente, la regla de la continuidad.

Según este principio, el servicio público ha de prestarse sin interrupciones; sin embargo, ello no implica en todos los supuestos, la continuidad física de la actividad pues sólo se requiere que sea prestada cada vez que aparezca la necesidad (vgr. servicio público de extinción de incendios).

La continuidad del servicio público se protege por dos medios, a saber:

a) por la posibilidad de que la Administración proceda a la ejecución directa del servicio cuando éste sea prestado por particulares, y

b) por la reglamentación del derecho de huelga en los servicios públicos[279] sobre la base de que, en principio, la huelga se encuentra limitada por las leyes que reglamentan el ejercicio de los derechos[280] al igual que los paros patronales. En este sentido, tanto el ordenamiento positivo de Argentina como el de otros países han instituido el arbitraje obligatorio como un modo de solucionar los conflictos colectivos que puedan ocasionar la suspensión, paralización y negación de los servicios públicos esenciales[281].

4.2 ***La regularidad del servicio público***

Si bien para un sector de la doctrina la regularidad constituye una consecuencia del principio de la continuidad del servicio público[282] lo cierto es que son dos reglas diferentes. En efecto, si la regularidad se refiere a la prestación del servicio de acuerdo a las reglas que surgen del reglamento que rige el servicio o del contrato de concesión (en su caso), bien puede ocurrir que dicha prestación se lleve a cabo de manera continua pero irregular. Por ese motivo, el llamado impropiamente "trabajo a reglamento" que practican determinados sindicatos (que consiste en una interpretación literal o rigurosa de ciertas normas o en interpretarlas de mala fe) configura una afectación del principio de la regularidad[283].

[278] Tales principios son, para nosotros, básicamente cuatro y se refieren a la continuidad, la regularidad, la igualdad y la obligatoriedad de la prestación de la respectiva actividad. En cuanto a la llamada uniformidad ella no es otra cosa que una faceta de igualdad. A su vez, no creemos que la generalidad deba ser ni sea un principio en esta materia, toda vez que cabe admitir la prestación de servicios parciales en determinados lugares sin lesión a la igualdad.

[279] *Vid* y ampliar en CASSAGNE, Juan Carlos, *La reglamentación del derecho de huelga en los servicios esenciales*, *ED*, diario del 13-8-90, p. 1 y ss.

[280] MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, p. 64 y ss. En tal sentido, la interpretación razonable del art. 14 bis, CN, no implica consagrar el derecho de huelga de un modo absoluto pudiendo la ley reglamentar su procedencia limitándola a fin de no afectar el funcionamiento de los servicios públicos.

[281] El arbitraje obligatorio fue instituido por decreto 8946/62, derogado por la ley 16.936, y finalmente restablecido a través de la ley 20.638. A su vez, la ley 17.183 faculta a las autoridades a sancionar a los agentes que prestan servicios públicos que recurran a medidas de fuerza. Sobre la ineficiacia de la actual legislación para garantizar la continuidad de los servicios públicos: Véase: VIVOT, Julio, "La huelga de los empleados públicos y en los servicios públicos", en *Derecho del Trabajo*, t. XLIV-B, Sección Doctrina.

[282] VEDEL, Georges; DELVOLVE, Pierre, *op. cit.*, p. 1110; CHAPUIS, René, *Droit Administratif Général*, t. I, Paris, 1986, p. 444.

[283] VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *op. cit.*, t. III, p. 61.

4.3 El principio de la igualdad

La igualdad, entre nosotros, se encuentra reconocida en el artículo 16 de la Constitución Nacional que prescribe que todos los habitantes son iguales ante la ley; sin embargo, vinculado con el principio general del derecho que constituye la base del citado precepto, dicha igualdad se extiende ante la Administración[284] y frente a los prestatarios del servicio público que al colaborar con la función administrativa se someten a su régimen exorbitante.

De ese modo, la igualdad juega como una garantía para los usuarios del servicio en el sentido del derecho que poseen a que se les dispense igual tratamiento, jurídico y económico, sin efectuar discriminaciones, a menos que éstas se funden en la desigual condición o situación en que objetivamente se encuentra cada usuario. La igualdad se refiere tanto al acceso al servicio como al precio o tasa que perciba el prestatario.

En general, la aplicación del principio de igualdad, que no presenta mayores inconvenientes cuando se trata de actividades regidas por un estatuto o reglamento, suele plantear algunos problemas cuando el vínculo entre el usuario y quien presta el servicio es de naturaleza contractual. En tales casos, la igualdad no debe considerarse conculcada cuando se pactan precios diferentes en función de la magnitud de las prestaciones, lo que suele ocurrir en el servicio de energía eléctrica[285].

4.4 La obligatoriedad

La configuración del régimen jurídico del servicio público quedaría desprovista de sentido si no se asegurara la prestación efectiva del mismo y la consecuente satisfacción de las necesidades colectivas. A ello tiende, precisamente, el principio de obligatoriedad que predica no sólo una vinculación entre el Estado y el prestatario (en los supuestos de los llamados servicios públicos impropios) sino el derecho de los usuarios que utilizan el servicio para reclamar ante quienes lo prestan (ya sea el Estado o los particulares) su realización efectiva[286].

X. LA ACTIVIDAD INTERVENTORA Y SU INCIDENCIA SOBRE LOS DERECHOS PRIVADOS

1. La acción interventora del Estado: actos de gravamen y actos favorables

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

[284] Ver: Cassagne, Juan Carlos, "La igualdad en la contratación administrativa", en *Cuestiones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1987, p. 97.

[285] Esto ocurre, en general, en los llamados servicios públicos industriales o comerciales. En el caso del servicio público de electricidad, en Argentina al igual que en otros países, suelen pactarse condiciones especiales cuando se trata de empresas que consumen grandes cantidades de energía eléctrica, lo que no se ha considerado violatorio, en Francia, del principio de igualdad (véase: Vedel, Georges; Delvolve, Pierre, *op. cit.*, p. 1113).

[286] Véase: Vedel, Georges; Delvolve, Pierre, *op. cit.*, p. 1114, y entre nosotros: Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, t. II, Buenos Aires, 1981, p. 78 y ss. Diez, Manuel María, *Manual de Derecho Administrativo*, t. II, p. 23.

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

Huelga decir que con la salvedad de la revocación por razones de mérito u oportunidad (que procede previa indemnización) los derechos emergentes de este tipo de actos se incorporan definitivamente al patrimonio de los administrados, hallándose protegidos por la garantía del artículo 17 de la Constitución Nacional y por el principio de irrevocabilidad de los actos administrativos prescripto por el artículo 17 de la LNPA.

Carecería de sentido formular aquí una clasificación detallada de las diferentes figuras que pertenecen a esta categoría de los actos favorables. Nos basta con señalar que ella comprende tanto las concesiones, aprobaciones, autorizaciones, como las que, en rigor, entrañan también limitaciones, declaraciones de exenciones, subvenciones y subsidios. De ello nos ocupamos más adelante.

2. La distinción entre el llamado "poder de policía" y la policía administrativa

La circunstancia de no acudir al enfoque tradicional, al menos en lo que atañe a las facetas teleológicas y de metodología que justificaron las antiguas clasificaciones –cuya vigencia quedó rezagada respecto de la realidad– (cuando no superada por ésta), no impide, aun con el relativo valor que posee, realizar el análisis sumario de la clasificación entre "Poder de Policía" y policía administrativa.

Mientras la llamada policía administrativa se traduce, fundamentalmente, en el dictado de actos concretos, el poder normativo de la Administración requiere siempre de una ley (arts. 14, CN y 99, inc. 2°, CN) careciendo ésta de la potestad de dictar normas generales sin una cobertura legal expresa, determinada y circunscripta en razón de la materia[287]. Al lado de aquélla, existe otra actividad de limitación, extinción, etcétera de derechos privados que se manifiesta a través del poder de legislación mediante leyes y reglamentos que limitan el ejercicio y el contenido de los derechos individuales para hacerlos compatibles con los derechos de otros o con los fines de interés público que persigue la comunidad. En este último supuesto se habla de "Poder de Policía", aun cuando, por lo común, esta denominación se reserva, entre nosotros, a cierto tipo de actividad reglamentaria de los derechos individuales que realiza el Congreso.

En ambos casos, ya se trate de la función materialmente legislativa a cargo del Congreso o de una remisión normativa al órgano Ejecutivo, la coacción no integra necesariamente la sustancia del concepto[288] siendo tan sólo un accidente que se pone en ejercicio cuando fracasan las medi-

[287] Los reglamentos carecen de aptitud para crear *ex novo* limitaciones de derechos privados (Conf. García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón, *op. cit.*, t. II, p. 103).

[288] En una postura contraria: Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, p. 115 y ss., Madrid, 1987; Fiorini, Bartolomé A., *op. cit.*, t. II, ps. 24-25.

das preventivas o intimaciones que formule la Administración en orden al cumplimiento de las obligaciones, deberes y cargas que las normas imponen a los particulares.

3. La técnica específica de limitación de derechos privados por razones de interés público. La figura de la delimitación del contenido de los derechos

3.1 Limitaciones al ejercicio de los derechos

En el Derecho Administrativo clásico, la técnica de limitación de derechos privados por causa de interés público operaba como una categoría genérica, integrante tanto del capítulo de la policía como del llamado régimen administrativo de la propiedad privada[289]. En este último, se reconocían, a su vez, tres clases de limitaciones que apuntaban al modo y grado en que se afectaban los tradicionales principios del dominio privado y según afectara su carácter absoluto (restricción), exclusivo (servidumbre) o perpetuo (expropiación), se perfilaban sus características principales.

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

En tal sentido, la orientación doctrinaria actual reserva, el tipo de la limitación administrativa para referirse a las actuaciones cuya incidencia no afecta sustancialmente al derecho subjetivo del particular ni su capacidad jurídica sino que actúa, con exclusividad, sobre las condiciones inherentes al ejercicio del derecho, sin alterar su contenido normal[290].

En la doctrina han reconocido diversas especies de limitaciones[291]. Entendemos que, fundamentalmente, en nuestro derecho, existen tres clases de limitaciones que, sin afectar el contenido normal del derecho, vienen a comprimir su ejercicio. La primera, se produce cuando existiendo una permisión libre de derecho (sea o no reglada) se condiciona su ejercicio mediante una autorización administrativa. Aquí la autorización opera sobre la libertad de ejercer la respectiva facultad o poder jurídico levantando una condición puesta para el ejercicio o puesta en práctica del derecho que preexiste al acto de autorización (vgr. la licencia o autorización para construir o para la habilitación de un comercio o industria, licencia para conducir, etc.). Otro tipo de limitaciones se configura en aquellas circunstancias en que, hallándose la respectiva actividad bajo una prohibición relativa, la norma legal o reglamentaria admite la posibilidad de que, excepcional-

[289] Ver: Garrido Falla, Fernando, *op. cit.*, t. II, p. 115 y ss.

[290] García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón, *op. cit.*, t. II, p. 99.

[291] Sobre la base del criterio ya propuesto por Romano, se ha efectuado una sistematización dogmática de la figura de la limitación por parte de Vignochi, la cual comprendería tres especies: *a)* prohibición absoluta e incondicionada de un modo de ejercicio concreto; *b)* prohibición relativa con reserva de autorización y *c)* permisión de ejercicio libre, con reserva de prohibición por parte de la Administración. Respecto de la prohibición absoluta pensamos que, en todos los supuestos, ella opera sobre el contenido del derecho por cuya causa configura siempre una delimitación, aun cuando esa prohibición sea temporal, pues es evidente que durante el lapso que ella rija, más que una compensación del ejercicio lo que se afecta es el contenido o sustancia del derecho subjetivo del particular (ver y comparar: García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón, *op. cit.*, t. II, ps. 99-100).

mente, para usos concretos o períodos determinados, la Administración pueda levantar la referida prohibición (vgr. permiso de caza de ciertas especies). En este caso, a diferencia del anterior no hay derecho subjetivo que preexiste al acto de excepción por cuya causa la protección jurisdiccional del respectivo interés legítimo es menor, circunscribiéndose, básicamente, a una garantía contra la violación del principio de igualdad. Para estos supuestos preferimos seguir utilizando el concepto jurídico de permiso[292], habida cuenta las diferencias sustanciales y procesales que cabe reconocer respecto de la autorización. Por último, están aquellos supuestos vinculados a la necesidad de informar a la Administración ciertos hechos o circunstancias o el ejercicio mismo del derecho, a efectos de facilitar el contralor por parte de los órganos administrativos. Con independencia de que muchos de los deberes pertenecen más que a las limitaciones en sentido estricto a la técnica de imposición de deberes personales, no se puede desconocer que muchos de ellos condicionen directamente el ejercicio de un derecho, de modo la imposición del deber personal se efectúa *ob rem* al titular del derecho y no a todos los ciudadanos, por lo que también hay que incluir esta categoría entre las especies de limitaciones[293] (vgr. obligación de informar los precios).

Como se verá más adelante, las formas jurídicas que revisten las limitaciones son variadas abarcando desde leyes, reglamentos, ordenanzas, edictos hasta actos administrativos[294] al igual que las delimitaciones de las que nos ocupamos a continuación.

3.2 Delimitaciones al contenido normal de derechos privados

Mientras, como se ha señalado, la figura de la limitación opera sobre el ejercicio de los derechos, la delimitación actúa directamente sobre el contenido normal del derecho, definiendo el ámbito de lo lícito y recortando los poderes jurídicos del titular cuyo derecho no se reputa ya preexistente[295].

En nuestro ordenamiento existen numerosos ejemplos de estas delimitaciones de derechos privados que van desde la prohibición de edificar más allá de cierta altura, la de vender más allá de un cupo determinado (vgr. régimen de la industria azucarera), la interdicción de construir para usos no permitidos por los Códigos de Edificación o Planeamiento Urbano, hasta la atribución de derechos mediante la técnica de la concesión o la calificación de ciertos bienes como del dominio del Estado, no obstante que su utilidad última sea privada (vgr. Yacimientos de hidrocarburos). Su estudio pertenece a la parte especial del Derecho Administrativo.

3.3 Indemnización por daños provocados por limitaciones y delimitaciones

En principio, por el carácter relativo que poseen los derechos conforme al sistema constitucional (art. 14, CN) y a condición de que no se desnaturalice ni se afecte la esencia del derecho o se limite de tal modo su ejercicio que éste sea incompatible con la naturaleza del interés o

[292] Cassagne, Juan Carlos, "La autorización para construir (su naturaleza y efectos)", en *LL*, 1982-D-936.

[293] Conf. García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón, *op. cit.*, t. II, p. 101.

[294] Ver: Dromi, José Roberto, *op. cit.*, t. 2, Buenos Aires, 1987, p. 54 y ss.

[295] No compartimos la crítica que formulan García de Enterría; Fernández a la concepción que considera a la autorización como el acto que levanta un obstáculo puesto al ejercicio de un derecho preexistente (*op. cit.*, t. II, p. 121) expuesta en su momento por Ranelletti, cuya aplicación los propios autores hacen en otras partes de su obra (*op. cit.*, t. II, p. 132) frente a la necesidad de distinguir la figura de la limitación de la llamada delimitación del contenido de los derechos privados.

derecho del particular, las limitaciones no son indemnizables. Hacen excepción a esta regla los daños provocados por la ejecución del acto administrativo que la impone[296] o cuando el ataque que se infiera al derecho de propiedad[297] sea sustancial.

Igual solución corresponde aplicar para las delimitaciones que definen el contenido normal de los derechos privados, sin perjuicio de la responsabilidad estatal que pudiera corresponder por cambio del derecho objetivo, de darse las circunstancias y los requisitos que la tornan procedente[298].

4. Las limitaciones al derecho de propiedad en interés público: restricciones y servidumbres

El régimen de las limitaciones administrativas se proyecta, también, sobre la propiedad privada donde, en nuestro ordenamiento, se utilizan las técnicas de la mera restricción y de la servidumbre.

Mientras la figura de la restricción administrativa se ajusta al concepto de limitación que venimos utilizando en la medida que fije los límites al ejercicio normal del derecho de propiedad[299] la servidumbre se acerca más a la de las delimitaciones al implicar un desmembramiento –aun cuando parcial– del dominio a favor de terceros (vgr. la establecida en el art. 2539, CV, denominada camino de sirga). Sin embargo, la diferencia con la delimitación está dada porque esta última define o recorta el contenido del derecho sin que se generen derechos a favor de otros particulares o administrados, salvo la legitimación que éstos puedan tener, en los respectivos ordenamientos, para reclamar en justicia su cumplimiento. Por ello, la servidumbre, al contrario de la limitación (y también de la delimitación) afecta la nota de exclusividad del dominio mientras que aquéllas hacen al grado de relatividad de los derechos particulares que se comprimen o restringen en su ejercicio o se definen en su contenido normal, predeterminando el ámbito de lo lícito o legítimo.

Las restricciones administrativas, al incidir solamente en el ejercicio normal del derecho de propiedad con el objeto de hacerlo compatible con el interés público, obligan al propietario a cumplirlas sin que éste pueda reclamar indemnización alguna pues se considera, en cierta manera, que ellas son inseparables del dominio privado. En cambio, las servidumbres administrativas aparejan, por principio, la obligación de indemnizar a quien resulte afectado por su imposición habida cuenta que provocan una situación de sacrificio patrimonial (por lesionar la nota típica de la exclusividad) que, al disminuir el valor del respectivo bien, generan el consiguiente deber de reparar, con fundamento en la garantía prescripta en el artículo 17 de la Constitución Nacional[300].

[296] Villegas Basavilbaso, Benjamín, *op. cit.*, t. IV, p. 69, Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, nro. 1520, p. 49.

[297] En el caso "Los Pinos", (considerando 5º) la Corte distinguió entre meras restricciones (vgr. colocación de chapas en el frente de los edificios o de columnas de alumbrado público) y las restricciones sustanciales (ej. cambio del nivel de las calles) que implican un ataque mayor al derecho de propiedad. Mientras las primeras no son indemnizables las segundas pueden generar daños que configuran la responsabilidad del Estado por su actividad legítima (véase: Aberastury, Pedro, *Legislación administrativa usual con jurisprudencia*, Buenos Aires, 1984, p. 579).

[298] Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1986, p. 309 y ss.

[299] Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, p. 34 y ss.

[300] Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, p. 109.

5. El principio del *favor libertatis* y la necesidad de respaldo normativo para establecer actos de gravamen sobre los particulares

En aquellos sistemas constitucionales, como el nuestro, que han consagrado la necesidad de asegurar la libertad (como reza el Preámbulo de la CN) cuyas distintas manifestaciones se preceptúan (art. 14, CN) como derechos fundamentales de las personas (vgr. libertad de ejercer industria, de comerciar, de ejercer cultos, etc.) asignándole, en definitiva, una posición preferente en el marco jurídico de la Constitución, no puede dudarse que el principio del *favor libertatis*, aun con las excepciones que pueda haber por razones de interés público, constituya una de las reglas básicas del sistema.

Este principio veda el uso indiscriminado y discrecional de medidas que afecten la libertad individual en perjuicio de los particulares cuando la Administración o la ley pudieran utilizar otros medios menos onerosos o perjudiciales a los derechos e intereses de las personas para alcanzar la finalidad en cada caso perseguida y obliga a resolver, en favor de la libertad, cualquier duda interpretativa que pudiera existir respecto de la aplicación de la limitación o delimitación de derechos[301].

En garantía de las libertades fundamentales de las personas y del derecho de propiedad, se requiere que la medida limitativa de la Administración cuente con un respaldo legal inexcusable para fundar su legitimidad. Este principio surge, de un modo implícito, de lo prescripto en el artículo 19 de la Constitución Nacional al estipular un ámbito de libertad privada que, como regla, se halla exento de la intromisión estatal estableciendo claramente que *ningún habitante de la Nación está obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohibe*. Esa prescripción constitucional se completa con el artículo 28 que establece el principio de la inalterabilidad de los derechos y garantías fundamentales por parte de las leyes que reglamenten su ejercicio, principio este que rechaza la existencia de derechos absolutos habida cuenta que conforme al propio artículo 14 de la Constitución Nacional éstos se ejercen conforme al marco de la legislación reglamentaria.

6. La técnica de los actos favorables: el fomento

Como se ha señalado precedentemente mediante la técnica de los actos favorables la acción interventora de la Administración viene a producir una suerte de ampliación del *status jurídico* del particular. Esos actos, cuyo título juega en forma autónoma (con la consiguiente estabilidad de los derechos adquiridos) de la cobertura legal en la que se fundan[302] han sido estudiados bajo la categoría genérica del fomento, a la que se aplican los principios de la teoría general del acto administrativo o del contrato administrativo, según los casos, con ciertas peculiaridades que trataremos de resumir seguidamente tomando como ejemplo la técnica de la promoción industrial.

El concepto de fomento reposa sobre la idea de la conveniencia de que el Estado proteja o promueva determinadas actividades que realizan las personas físicas o jurídicas con la finalidad

[301] García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón, *op. cit.*, t. II, p. 105.
[302] García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón, *op. cit.*, t. II, p. 95.

mediata de procurar que, mediante la concreción de dichas actividades, resulte un beneficio a la comunidad.

Al igual que la policía y el servicio público, el fomento refleja la intervención subsidiaria del Estado, tratándose de una actividad estatal que amplía los derechos de las personas físicas o jurídicas, técnica que puede extenderse también a las entidades estatales, ya fuere que tengan condición jurídica pública o privada.

En cambio, la policía es una típica forma de intervención estatal que limita los derechos individuales con el fin de hacerlos compatibles con el bien común o interés general. Todo el régimen de la policía administrativa se halla influido por el hecho de tratarse de una *actividad de limitación*, que concilia el interés particular con el bien común.

Difiere también el fomento del servicio público en la naturaleza y en los fines y, consecuentemente, en el régimen jurídico que acompaña la realidad que transmite este cometido estatal. En efecto, mientras el servicio público se concibe objetivamente con una actividad prestacional interferente, donde surge la necesidad, continuidad, etcétera, de la prestación, el fomento aparece como una ayuda, un estímulo, tendiente a que los particulares puedan realizar sus propias finalidades comerciales o industriales.

La utilización de la técnica de fomento, enunciada como tal a partir del siglo XVIII[303], frente a una situación de insuficiencia de la iniciativa particular o cuerpos intermedios, estimula la realización de las actividades faltantes, en lugar de realizarlas por su propia cuenta.

7. Los medios de fomento

La doctrina se ha ocupado de clasificar los medios a que acude el Estado[304] para estimular la realización de actividades privadas por razones inherentes al interés público. Se trata de actos propios de la justicia distributiva ya que el incentivo que se procura con el fomento se concreta en la adjudicación o distribución de ventajas de índole honorífica o económica que pertenecen a los llamados bienes comunes.

De ese modo, mediante la técnica distributiva, se conectan regulaciones públicas en actividades regidas por el Derecho Privado, dando origen a una serie de relaciones jurídicas donde el poder público del Estado queda circunscripto al aspecto *ins administrativo* de la relación emergente del fomento que no puede interferir en el *status* jurídico del particular ni en sus derechos de propiedad sobre el bien o la empresa que constituyen el objeto del fomento. Este límite hace que ciertos poderes que el ordenamiento atribuye a la Administración en el marco de la contratación pública (ej.: sustitución del co-contratante) carezcan de sentido y, por tanto, de vigencia, en esta clase de relaciones donde se actúa a través de una técnica de inducción y el beneficio para la comunidad se logra en forma indirecta.

Entre los medios que tienden a estimular la actuación de los particulares en un determinado sentido se encuentran los denominados honoríficos cuyo sentido acaso más trascendente consiste en generar el perfeccionamiento individual de quien alcanzó la distinción, el premio, la

[303] Villar Palasi, José Luis, "Las técnicas administrativas de fomento y apoyo al precio político", en *RAP*, Madrid, 1954, ps. 22 y 23.

[304] Véase: Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 10ª ed., Madrid, 1987, p. 250 y ss.; Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. IV, Buenos Aires, 1969, p. 144 y ss.

condecoración o la más alta calificación en un examen, cuyo fundamento radica en el beneficio social que ello reporta.

Los medios de fomento también pueden revestir naturaleza económica ya sea que consistan en prestaciones *in natura* o materiales, o en ventajas financieras o dinerarias. Estos últimos, pueden ser directos como los anticipos o préstamos, primas, subsidios, subvenciones y reintegros o reembolsos aduaneros, o bien, indirectos como las exenciones y desgravaciones impositivas o la admisión temporal de mercaderías exentas de derechos de importación para su elaboración con destino a la exportación, donde no se opera ningún desplazamiento patrimonial por parte de la Administración.

En ese cuadro clasificatorio la doctrina suele distinguir respectivamente el subsidio, la prima y la subvención. El primero, consiste en un desembolso dinerario periódico fundado en la ley o en un contrato administrativo (basado en ley) que genera un derecho subjetivo a su percepción (vgr. el subsidio familiar) mientras que la prima carece de dicha periodicidad. A su vez, se ha sostenido que la prima se diferencia de la subvención en que el otorgamiento de esta última resulta discrecional y no genera derecho subjetivo en cabeza del particular subvencionado[305].

Lo cierto es que si la fuente de la subvención deriva de un contrato, su concesión deja de ser discrecional y el particular tendrá acción para reclamar su cumplimiento ante la justicia, confundiéndose en tal caso con la prima y con el subsidio (en el supuesto que sea periódica) lo que permite concluir que la subvención puede también ser concebida en sentido amplio, comprensiva de cualquiera de las especies indicadas, en virtud de la existencia de reglas comunes en su régimen jurídico[306]. En principio, la subvención no genera contraprestación o compensación, salvo que hubiera al respecto alguna estipulación expresa establecida en un acto o contrato administrativo.

XI. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

1. Diferentes sanciones que aplica la administración: las sanciones penales administrativas y su trascendencia

El estudio de las sanciones que aplica la Administración Pública a los particulares, no precisamente en virtud de la llamada supremacía especial emergente de la potestad disciplinaria propia de la relación de empleo público, sino en ejercicio de los poderes que emanan de las potestades que le atribuye el ordenamiento o bien, de un vínculo jurídico convencional concertado en el marco del llamado régimen exorbitante, constituye otro de los capítulos centrales de la dinámica del Derecho Administrativo.

[305] Conf. Diez, Manuel María, *op. cit.*, t. IV, ps. 148-149.

[306] La tendencia del derecho positivo orienta hacia un tratamiento jurídico uniforme para subsidios y subvenciones (en sentido estricto) tal como lo preceptúa el art. 2° de la ley 23.696. Sin embargo, esta ley distingue los subsidios y las subvenciones de determinadas exenciones impositivas vinculadas a la promoción industrial y minera (arts. 4° y ss. de la ley 23.696) pese a que en ambas figuras no hay técnicamente, desplazamiento patrimonial.

Las sanciones penales-administrativas se pueden clasificar conforme a la materia en que se imponen y así existen desde las sanciones de policía general y especial –incluidas las relativas a la policía que el Estado ejerce sobre los bienes del dominio público– hasta las sanciones de naturaleza tributaria, cuyo estudio se ha independizado actualmente del derecho penal administrativo, aun cuando su naturaleza punitiva[307] torna aplicables una serie de principios penales, especialmente los que emergen de las disposiciones generales del Código Penal.

Lo contrario ocurre en materia de sanciones civiles o patrimoniales aplicadas por la Administración, donde las reglas generales que gobiernan el procedimiento administrativo contienen suficientes garantías para el particular o administrado, compatibles con los intereses cuya tutela procura el ordenamiento.

En lo que respecta a las sanciones disciplinarias, ellas nacen del poder de supremacía especial que posee la Administración en la relación de empleo público, instituida con la finalidad de mantener la continuidad del servicio a su cargo y, en general, de proteger su estructura organizativa, tanto personal como patrimonial[308]. Esta peculiaridad explica por qué motivo, si bien las sanciones disciplinarias ostentan también, en algunos casos, una sustancia represiva, no se aplican a ellas, estrictamente, algunos de los principios del derecho penal (vgr. el *non bis in idem*)[309].

2. La distinción entre delitos y contravenciones o faltas: vigencia y ocaso del llamado derecho penal administrativo

El eje de la construcción jurídica del denominado derecho penal administrativo, elaborado a partir de la obra de James Goldschmidt y afirmado posteriormente en la escuela alemana por Eberhard Schmidt pasa por la idea de que existe una distinción cualitativa entre delitos judiciales e infracciones administrativas (contravenciones), determinada por la naturaleza de las cosas sobre la base de que, mientras en los primeros el contenido material del injusto se encuentra en el daño (o en la situación de peligro), concreto y mensurable, inferido a un bien jurídico, en las infracciones o contravenciones administrativas se trata de la violación del deber de obediencia o de colaboración por parte de los particulares con la Administración Pública, afectando solamente a intereses de tipo administrativo[310].

[307] Véase: García Belsunce, Horacio, "Régimen penal tributario. Concurso de sanciones", en *LL*, 1990-C, p. 918, sostiene que el ilícito tributario posee naturaleza penal no obstante que la sanción es administrativa.

[308] Baro, Daysi, *La relación de empleo público*, p. 50, Buenos Aires, 1982; considera que la falta disciplinaria es "todo acto realizado por un funcionario, susceptible de causar daño directa o indirectamente al funcionamiento del servicio público".

[309] *Vid:* Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1949, p. 122; Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1974, p. 276; Garrido Falla, Fernando, *op. cit.*, t. II, p. 141, nota 81.

[310] Ver: Heinz, Mattes, *Problemas de Derecho Penal Administrativo*, trad. del alemán, Edersa, Jaén 1979, ps. 229-230 y nota 363, apunta que dicho autor ejerció una notable influencia en la nueva configuración del derecho penal económico, atribuyendo a la Administración el poder de juzgar las llamadas infracciones o contravenciones administrativas, cuya satisfacción considera indispensable para realizar la división de poderes. En esta concepción de Schmidt se advierte un notorio retroceso doctrinario ya que con anterioridad, aun entre los seguidores de Goldschmidt, hubo algunos, como Wolf, que renunciaron "a tratar de concebir el derecho penal administrativo con características conceptuales u ontológicas, considerando el problema como una cuestión de referencia valorativa o normativa" (*op. cit.*, p. 208). Un criterio similar sostuvo entre nosotros Soler (*Derecho Penal Argentino*, t. I, Buenos Aires, 1956, p. 254).

En nuestra doctrina, si bien hubo quienes negaron la aludida distinción cualitativa entre delitos y contravenciones[311] y otros que la sostuvieron[312] lo cierto es que, por lo general, se ha admitido siempre la posibilidad de que la Administración aplique las llamadas penas contravencionales, aun cuando sin plantearse a fondo el problema de la despenalización, aspecto este que, en nuestra organización constitucional, adquiere un singular relieve en mérito a la potestad de las Provincias para legislar en materia contravencional[313].

Ahora bien, es evidente que el derecho penal administrativo no configura una disciplina autónoma[314]. Sus fundamentos se encuentran hoy día superados (no hay que olvidar que esta concepción es la sucesora[315] de las teorías que sustentaron el llamado derecho penal de policía) toda vez que si las sanciones poseen naturaleza represiva, por menos graves que ellas fueran, las contravenciones contienen, en estos casos, idéntica sustancia penal que los delitos, no existiendo un derecho penal subjetivo de la Administración sino del Estado[316].

La consecuencia de todo ello es que si las contravenciones o faltas poseen naturaleza penal, su diferencia con los delitos constituye, en principio, una cuestión de grado y, por tanto, cuantitativa[317], siendo aplicables en materia contravencional y en los llamados delitos administrativos, las reglas y principios que prescribe el Código penal, máxime cuando para estos últimos existe una disposición expresa del ordenamiento (art. 4° del Cód. Pen.) que así lo estatuye[318]. En tal sentido, si bien puede hablarse de una superación de las bases que hacen a la fundamentación autónoma del derecho penal administrativo y, especialmente, de los postulados de la escuela de Goldschmidt[319], no puede desconocerse que, aun en el ocaso de esta escuela, ella ha influido decisivamente en el proceso de despenalización, ocurrido tanto en nuestro país como en el derecho comparado, proceso que se caracteriza por conferir la atribución de aplicar penas a la Administración, al menos en una suerte de primera instancia y sujeta siempre a la revisión judicial. Ello plantea también entre nosotros la cuestión inherente a la concurrencia de potestades entre la Nación y las Provincias, en materia contravencional.

3. El fenómeno de la despenalización

Las aspiraciones de las diferentes administraciones públicas a poseer la titularidad de la potestad punitiva, al menos en la primera fase del procedimiento sancionatorio, se revelan constante-

[311] Conf. Levene, Ricardo (h.), *Introducción al derecho contravencional*, Buenos Aires, 1968, p. 37 y ss. Jimenez De Asua, Luis, "Las contravenciones o faltas", *LL*, t. 56, p. 959; Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. V, Buenos Aires, 1954, p. 245 y ss. Con todo, en la obra de Villegas Basavilbaso parece haber un resabio de la tesis cualitativa, en cuanto señala que el límite entre ambas figuras se halla en la ilicitud intrínseca y en la peligrosidad, que determinan (si bien relativamente) una mayor magnitud de la pena para el delito (*op. cit.*, t. I, p. 247).

[312] Bielsa, Rafael, *Estudios de Derecho Público*, t. I, Buenos Aires, 1950, p. 325.

[313] Véase: Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1987, p. 603 y ss.

[314] Conf. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1986, ps. 181-182.

[315] Heinz, Mattes, *op. cit.*, p. 494.

[316] Heinz, Mattes, *op. cit.*, p. 205, nota 272.

[317] García Belsunce, Horacio, *op. cit.*, ps. 58, 61 y 75.

[318] *Vid:* Spolansky, Norberto, "Culpabilidad, la responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y la de sus directivos", en *LL*, 1978-D, p. 235.

[319] Véase: Aftalion, Enrique R., *Derecho Penal Administrativo*, Buenos Aires, 1955, p. 75 y ss.; este autor sustenta una postura adversa al reconocimiento de la autonomía del derecho penal administrativo y sostiene la unidad fundamental de todo el derecho represivo (*op. cit.*, p. 11 y ss.).

mente en el derecho comparado, cuya evolución confirma la tendencia a excluir la figura de la contravención del ordenamiento penal, dejando la aplicación de aquélla a los órganos administrativos, sin perjuicio de la posterior revisión judicial. Sin embargo, dicha tendencia, lejos de soslayar la aplicación de los principios que informan el proceso penal y el derecho penal sustantivo[320] se orienta, significativamente, hacia una regulación análoga para los llamados ilícitos penales administrativos y los delitos, extendiendo a las infracciones penales administrativas las reglas que gobiernan el principio de legalidad, la imputabilidad, el concurso de infracciones, la culpabilidad (dolo o culpa), la tentativa y las causas de exclusión de la responsabilidad criminal[321] (vgr. estado de necesidad y legítima defensa).

Este fenómeno de la despenalización produce la quiebra del sistema que atribuía exclusivamente al poder judicial la aplicación de penas y requiere, para no afectar el principio de la división de poderes, que se cumplan dos requisitos fundamentales: a) un control judicial suficiente[322] a través de la revisión de la sanción penal administrativa ante los tribunales judiciales, con amplitud de debate y prueba, y b) la observancia de las garantías del debido proceso, lo que comporta la no ejecutoriedad o, al menos, suspensión de la pena contravencional hasta tanto se pronuncie la justicia pues, hasta ese instante, rige la presunción de inocencia[323].

4. La falta o contravención como figura típica del derecho penal administrativo

La imposibilidad de establecer *a priori* diferencias sustanciales u ontológicas entre delitos y contravenciones conduce a que el problema se resuelva, en definitiva, a través de la política legislativa según "la gravedad e importancia que se le dé en momento y lugar determinado, las razones de necesidad y utilidad práctica y el sentimiento general predominante"[324].

La circunstancia de que cada una de las figuras delictivas del Código Penal se configura como una especie de círculo incomunicado, donde no existe propiamente continuidad ni analogía, hace que esas zonas de libertad puedan ser disminuidas o cubiertas mediante la creación de faltas o contravenciones[325]. Esto último, aunque no afecta la naturaleza de la contravención de naturaleza penal, cuya estructura es, en principio, similar a la de los delitos[326] al pertenecer al género

[320] Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, t. I, Buenos Aires, 1982, p. 165 y ss.

[321] Así lo prescribe, en Alemania Federal, la ley del 24 de Mayo de 1968 sobre ilícitos administrativos, véase al respecto: Parada Vazquez, José Ramón, *Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1989, ps. 349-350; Heinz, Mattes, *op. cit.*, p. 234 y ss.

[322] En el *leading case* de la jurisprudencia de la Corte Suprema el conocido caso "Fernández Arias", se estableció que "control judicial suficiente quiere decir: a) reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recursos ante los jueces ordinarios; b) negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial" (considerando 19 de la causa "Fernández Arias Elena y otros c/Poggio José [Sucesión]" publicada en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 247, p. 652 del año 1960).

[323] Tal como ocurre en el derecho alemán; en cambio, en Italia el recurso contra una sanción carece de efectos suspensivos. Dice al respecto Parada Vázquez que "en todo caso, hay que destacar críticamente que el sistema italiano ofrece menos garantías que el alemán, ya que el recurso ante el juez no provoca la suspensión de la ejecución de la sanción".

[324] Conf. Levene, Ricardo (h.), *op. cit.*, ps. 43-44.

[325] *Vid:* Villegas Basavilbaso, Benjamín, *op. cit.*, t. V, p. 257; Soler, Sebastián, *op. cit.*, t. I, Buenos Aires, 1956, p. 247 y ss.

[326] Conf. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, Buenos Aires, 1987, p. 591, observa que ambos contienen idénticos elementos constitutivos.

común del ilícito penal[327] provoca, sin embargo, algunas diferencias en su régimen jurídico que la separan tanto del delito penal como de la mera infracción administrativa.

En efecto, mientras el juzgamiento de los delitos queda reservado a órganos del poder judicial que actúan conforme a las reglas del proceso penal –entre las que figuran las relativas a la cosa juzgada de la sentencia que dicta el juez– en el caso de las faltas o contravenciones (que algunos denominan delitos administrativos) el órgano administrativo que las aplique no se encuentra ceñido por la citada regla y siempre conserva la potestad revocatoria a favor del particular, que es propia de los actos administrativos. En tal sentido, el órgano administrativo posee competencia, aun después de impuesta una sanción, para reducirla o dejarla sin efecto, ya fuera de oficio o al resolver el recurso administrativo (vgr. de reconsideración o jerárquico) que interponga el sujeto sancionado. Por esa causa, aun de configurarse un ilícito de naturaleza penal, en el juzgamiento de la contravención se aplican principios y normas del Derecho Administrativo. Esta característica justifica un tratamiento separado para la materia penal administrativa, aun cuando la disciplina no goza de autonomía por las razones que hemos dado[328], lo que no obsta a la aplicabilidad de las garantías y los preceptos generales del Código Penal. En tal sentido, se aplican –entre otros– los principios de tipicidad, imputabilidad, antijuridicidad y culpabilidad[329].

En cambio, en las infracciones administrativas de autoprotección (vgr. imposición de una sanción con motivo de la ejecución de un contrato de la Administración; sanciones disciplinarias) basta con las garantías del procedimiento administrativo, sin perjuicio de reconocer que, muchas de ellas, encuentran su base de sustentación en principios de naturaleza penal que han tenido recepción en el Derecho Administrativo.

5. JURISDICCIÓN NACIONAL Y PROVINCIAL PARA LEGISLAR EN MATERIA DE CONTRAVENCIONES E INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS

En aquellos países –como el nuestro– que han consagrado el sistema federal de gobierno y que al propio tiempo han unificado la legislación penal de fondo, atribuyendo al Congreso Nacional la potestad de legislar en dicho ámbito (art. 75, inc. 2 de la CN), se opera una aparente colisión entre los poderes de la Nación y los que un sector de la doctrina considera que, en materia de faltas y contravenciones, corresponden a las Provincias, por aplicación del artículo 121 de la Constitución Nacional.

Por de pronto, hay que señalar que tanto la doctrina como la jurisprudencia, al ocuparse de esta cuestión, si bien sentaron la tesis de que la competencia pertenece, en principio, a las Provincias como derivación del poder residual que les reconocería el artículo 121 de la Constitución Nacional, lo cierto es que dejaron a salvo que la respectiva potestad corresponde a la Nación cuando ésta ejercita las atribuciones que la Constitución le asigna, en forma expresa o

[327] LEVENE, Ricardo (h.), *op. cit.*, p. 44.

[328] CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, ps. 179-182.

[329] La imputabilidad consiste en la atribución de un hecho u omisión a una persona determinada mientras que la antijuridicidad denota la lesión del bien jurídico que genera la ilicitud objetiva de cada conducta. A su vez, la culpabilidad implica un juicio de reproche subjetivo que por una falla o defecto imputable por culpa o negligencia, o bien, por el obrar doloso del agente. Sin embargo, en la doctrina del derecho penal la imputabilidad se asimila a la capacidad de delinquir (véase: FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, t. III, Buenos Aires, 1990, p. 139).

implícita, y, especialmente, cuando el ejercicio de los poderes provinciales resulta incompatible con el que efectúa la Nación[330].

En base a este último criterio quedan fuera de la competencia local no sólo las facultades privativas, atribuidas en forma expresa en los diversos incisos del artículo 75 de la Constitución, y las implícitas (art. 75, inc. 32, CN), que resultan por implicancia de las competencias explícitas[331], sino también los poderes concurrentes, en tanto su ejercicio por parte de las Provincias sea repugnante o incompatible con la finalidad y el objeto que persiga la legislación nacional. Conforme a dicha inteligencia, queda claro que el artículo 121 de nuestra Constitución Nacional, similar al de la Constitución de los Estados Unidos (art. I, secc. VIII, cláusula 18), si bien configura potestades de carácter residual a favor de las provincias, queda prácticamente circunscripto a la conservación de los poderes inherentes, puesto que la asignación de atribuciones que hace la Constitución en cabeza del Gobierno Federal incluye tanto los poderes expresamente delegados como los poderes implícitos[332]. A su vez, respecto de los privativos (atribuidos o no en forma expresa) carece de sentido suponer la existencia de un poder residual habida cuenta que surgen de los propios textos constitucionales.

En esta línea interpretativa, se ha sostenido que nuestra Constitución ha escogido un sistema según el cual todo lo que "no atribuye al estado federal se considera reservado a los estados miembros" pues, agrega, "la capacidad es la regla para éstos y la incapacidad es la excepción"[333].

El sistema de la Constitución Nacional es un poco más complejo y la recepción de la regla de la capacidad, construida para ser aplicada a las personas físicas en el marco del Derecho Civil, no puede trasladarse sin más a las personas jurídicas o morales, máxime en el Derecho Público[334], sin resentir el principio de la especialidad[335], según el cual los órganos y entes se hallan limitados en su actuación jurídica por el fin u objeto que motivó su creación, pero pueden llevar a cabo no solamente lo razonablemente implícito en las normas sino también una serie de actos relativos a sus poderes inherentes o resultantes[336], los que se derivan de la naturaleza de las funciones y de la finalidad que les atribuye el ordenamiento. A una conclusión semejante se llega también por aplicación de la teoría que postula el reconocimiento de una zona de reserva de la Administración[337] y otra de la ley, cuyas facultades son inherentes[338] y, por lo tanto, en alguna medida también residuales, habida cuenta que no surgen de preceptos específicos sino de cláusulas genéricas[339] o de principios del sistema constitucional.

[330] Conf. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, p. 542.

[331] Esta interpretación, que compartimos, es formulada por AJA ESPIL en su obra *Constitución y Poder. Historia y Teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes*, Buenos Aires, 1987, p. 150 y ss.

[332] AJA ESPIL, Jorge A., *op. cit.*, p. 40, sostiene que el traspaso de los poderes al Gobierno Federal "no requirió de enumeración taxativa y precisa". En cambio, cuando la Constitución adopta el principio inverso enumera la necesidad de una expresa reserva de poderes (art. 121, segunda parte CN).

[333] *Vid.* BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1984, p. 131. No obstante, este autor reconoce la existencia de una gama de poderes implícitos que emergen del art. 75, inc. 32 CN (*op. cit.*, p. 132).

[334] *Vid.* LINARES, Juan Francisco, "La competencia y los postulados de la permisión", en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, nro. 2, Buenos Aires, 1971, p. 14 y ss.

[335] Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, *op. cit.*, t. I, p. 240.

[336] AJA ESPIL, Jorge A., *op. cit.*, p. 160.

[337] Conf. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I; Buenos Aires, 1977, p. 249 y ss.

[338] Véase: AJA ESPIL, Jorge A. (*op. cit.*, p. 161) quien observa que dicha tesis tiene sustento en lo que denomina facultades propias o inherentes del Poder Ejecutivo.

[339] MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, p. 255, sostiene que la zona de reserva de la Administración encuentra su fundamento en los preceptos contenidos en los incs. 1° y 7° del art. 99 de la CN.

De otra parte, si la Constitución Nacional asigna a la Nación una serie de poderes en concurrencia con las Provincias (art. 75, inc. 30 y art. 125, CN) la amplitud del carácter residual que se atribuye al artículo 121 de la Constitución Nacional queda desprovista de sentido, al menos como regla general del sistema de nuestra Constitución, en virtud de que al coincidir dos poderes sobre un mismo objeto no se puede configurar un residuo de facultades a favor de uno de ellos.

De lo hasta aquí expuesto se sigue que dada la identidad sustancial y cualitativa que existe entre los delitos y las contravenciones de naturaleza penal, el sistema que estructura la Constitución Nacional, en lo que concierne al poder de legislación en materia contravencional, se halla sujeto a estas reglas: *1º)* si el Código Penal legisla sobre una determinada figura delictiva las Provincias carecen de competencia para crear contravenciones que tengan por base el tipo penal prescripto para un delito; *2º)* la Nación y las Provincias poseen poderes tanto privativos como concurrentes para legislar en dicha materia[340]; *3º)* las Provincias no pueden crear contravenciones relativas a las competencias implícitamente asignadas a la Nación (art. 75, inc. 32, CN); y *4º)* cuando la Nación legisla sobre alguno de los poderes concurrentes el ejercicio de las respectivas facultades que poseen las provincias será legítimo sólo en la medida en que no resulte repugnante o incompatible con la legislación federal.

La jurisprudencia de la Corte Suprema si bien no ha efectuado, como es lógico, la sistematización de todas las reglas aplicables en esta materia para legislar acerca de faltas o contravenciones ha dicho que, para definir el carácter local de una contravención hay que tener en cuenta *las características especiales determinadas por las costumbres de cada localidad, por las necesidades de orden moral o material de los pueblos o por el resguardo de ciertas instituciones locales, cuyo regular funcionamiento les interesa más directamente, o porque existen en cada región muchos y pequeños intereses que hay que contemplar en este género de represión y que lógicamente pueden ser mejor apreciados por los intereses locales*[341].

Finalmente, tratándose de infracciones administrativas de autoprotección[342] (vgr. sanciones disciplinarias, sanciones de tutela del dominio público) o bien, de meras infracciones formales, tengan o no naturaleza penal, tanto la Nación como las provincias poseen facultades para legislar sobre ellas como emanación de sus poderes inherentes al cumplimiento de los fines que la Constitución Nacional les asigna.

6. El procedimiento sancionatorio

El aumento creciente de la despenalización de la llamada jurisdicción administrativa primaria –como ha sido denominada entre nosotros– plantea una serie de problemas que pueden resumirse en la ausencia real de garantías y en la existencia de vacíos legislativos para resolver diversos aspectos inherentes al procedimiento sancionatorio.

[340] *Vid:* Levene, Ricardo, (h.), *op. cit.*, 41, afirma que "existe una verdadera concurrencia de facultades entre la Nación y las Provincias en materia de legislación de faltas".

[341] *In re* "Cimadamore Esio Bruno", *Fallos*, t. 191, ps. 249-250.

[342] García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, p. 148 y ss., Madrid, 1981, observan que, en tales casos, la potestad sancionatoria es una potestad doméstica que persigue "la propia protección más que la de otros fines sociales generales". Ver también, del primero de los autores citados, el trabajo que publicó en *Civitas*, nro. 10, p. 399-400, Madrid, 1976, titulado "El problema jurídico de las sanciones administrativas". En nuestra opinión, la categoría de las llamadas sanciones de autoprotección no incluye a las sanciones tributarias, sean éstas de naturaleza penal o resarcitoria.

Parece preferible que los organismos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales se transformen en órganos especializados del poder judicial, asegurando así a sus miembros todos los caracteres que hacen a la independencia de los jueces (inamovilidad y, sobre todo, imparcialidad)[343].

En lo que concierne al régimen aplicable al procedimiento sancionatorio hay que advertir que cuando se trata de juzgamiento de infracciones de sustancia penal, frente a la ausencia de preceptos generales que regulen expresamente la cuestión en el orden nacional, corresponde aplicar, por analogía, las disposiciones del Código Procesal Penal[344], sin perjuicio de la aplicación de las normas y principios de la ley 19.549 y su reglamentación.

En este último sentido, al juzgar la aplicación de una multa impuesta por la Junta Nacional de Carnes, la Corte Suprema dejó sin efecto la decisión administrativa que la había decretado porque al haberse denegado la prueba ofrecida por el sancionado se conculcaron las reglas del debido proceso adjetivo que garantizan el artículo 18 de la Constitución Nacional y el artículo 1°, inciso f) de la ley 19.549[345].

7. Distintas clases de sanciones penales-administrativas

La ausencia de codificación en esta materia junto a la dispersión legislativa existente, provocada por la falta de criterios normativos uniformes o, al menos, compatibles, dificulta enormemente su sistematización orgánica, objeto éste en cierto modo inalcanzable por la intervención de tres órdenes de gobierno diferentes (nacional, provincial y municipal), cuyos productos normativos se vuelcan en leyes, reglamentos y ordenanzas.

Las penas que puede disponer la Administración se clasifican por su modo de aplicación en principales o accesorias, paralelas, alternativas y conjuntas[346]. Otra clasificación finca el distingo en la lesión producida a los bienes jurídicos que se afectan con la aplicación de las sanciones penales, en cuanto ellas puedan implicar la privación de libertad, la disminución del patrimonio y aun su pérdida o la suspensión del ejercicio de determinados derechos personales o sociales. Veamos, a continuación, las diferentes medidas sancionatorias, de naturaleza penal, que aplica la Administración.

7.1. La pena de multa

Es la sanción quizás más utilizada en el campo contravencional, habiéndosela considerado como la pena típica en esta materia[347]. Consiste en una obligación de dar sumas de dinero, cuyo

[343] Conf. Guastavino, Elías P., *Tratado de la jurisdicción administrativa y su revisión judicial*, t. I, Buenos Aires, 1987, p. 300-301.

[344] Así lo prescriben algunas leyes especiales (vgr. art. 28, ley 20.680).

[345] *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 297, p. 360, publicado en *LL*, 1977-C, p. 129 con nota de Micele, Mario R., titulada "Recursos judiciales contra sanciones aplicadas por órganos de la Administración".

[346] Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. V, Buenos Aires, 1954, ps. 302-303. Son penas principales aquellas que poseen autonomía y que se justifican por sí mismas mientras que hay penas accesorias que mantienen siempre una relación de dependencia con la sanción principal. A su vez mientras el carácter paralelo de una pena alude a una distinta naturaleza aunque con idéntica magnitud (vgr. prisión o arresto de un año) las sanciones alternativas permiten la elección entre dos penas de naturaleza y magnitud diferentes (ej. infracción reprimida con multa o prisión). Por supuesto, las penas conjuntas se configuran en aquellos supuestos en que la norma prescribe que deben aplicarse conjuntamente, tal como sería una contravención para la que se establezca una pena de multa y de arresto, simultáneamente.

[347] Conf. Bielsa, Rafael, "Naturaleza jurídica de la multa administrativa", *JA*, t. 60, p. 25.

pago impone la Administración por la violación de una norma de policía, poseyendo naturaleza penal sólo cuando persigue una finalidad preventiva y/o represiva.

La pena de multa se ha extendido en demasía en los últimos tiempos desempeñando un papel sustitutivo de las penas privativas de libertad de breve duración y también se aplica para reemplazar las penas aplicadas a delincuentes primarios, tal como acontece con la función que cumple la figura de la condena de ejecución condicional[348].

Si bien la pena de multa es susceptible de afectar significativamente el patrimonio de una persona, esa lesión patrimonial no puede ser confiscatoria, toda vez que el instituto de la confiscación general de bienes ha sido objeto de una prohibición expresa en el artículo 17 de la Constitución Nacional[349].

7.2. La prisión y el arresto

La prisión y el arresto son penas de idéntica naturaleza que afectan la libertad ambulatoria y que sólo difieren en punto a la posibilidad de exigirle al condenado a una pena de prisión algún trabajo obligatorio[350], lo que no se justifica en el mero arresto[351] cuya duración suele ser menor que la pena de prisión.

7.3. Inhabilitación

Otra figura sancionatoria que viene a limitar la autonomía personal, aunque con otro alcance que las penas privativas de la libertad, es la denominada inhabilitación, que incide sobre la autonomía para realizar las propias actividades que venía ejerciendo el autor de una falta o contravención. A diferencia de otras penas, la inhabilitación opera para el futuro, pues su fundamento radica en la protección de la sociedad frente al riesgo de que el sancionado pueda volver a cometer infracciones que afecten desde el orden público hasta cargos profesionales inherentes a los servicios públicos. En otras ocasiones, la pena de inhabilitación se impone como medida accesoria para castigar un delito penal y evitar la producción de daños directos a las personas, tal como ocurre con las inhabilitaciones para conducir, a raíz de la comisión de un delito.

Existen diferentes clases de inhabilitación variando su régimen en tanto ellas comporten una limitación general o especial de derechos, o bien, su duración sea perpetua o temporal.

7.4. Otras penas: amonestación, clausura, retiro de la personería jurídica, decomiso y caducidad

Aparte de las sanciones que se han expuesto la Administración puede aplicar una variada gama de penas que van desde la mera amonestación para castigar infracciones que no revisten gravedad, el decomiso, la clausura de un establecimiento industrial o comercial, el retiro de la personería al ente que hubiera cometido una grave infracción hasta la caducidad, como pena accesoria a la inhabilitación (vgr. caducidad de un permiso de uso del dominio)[352].

[348] FONTAN BALESTRA, Carlos, *op. cit.*, t. III, Buenos Aires, 1990, ps. 375-376.

[349] La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*Fallos*, t. 179, p. 54 y ss.) ha considerado que la confiscatoriedad se refiere a cada infracción y no al conjunto de infracciones que haya cometido el particular.

[350] VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *op. cit.*, t. IV, ps. 303-304.

[351] En contra: MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, nro. 1557, p. 602, considera que se trata de penas similares, no aceptando la exigencia del trabajo obligatorio en las penas contravencionales. En nuestra opinión y tal como es utilizado en distintos Estados norteamericanos, el trabajo obligatorio, en el caso de faltas o contravenciones, cumple una función preventiva de gran ejemplaridad social.

[352] MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, nros. 1561-1562-1563, ps. 604-605.

8. Extinción de las sanciones penales de policía administrativa

Como principio general rigen en materia de extinción de sanciones de naturaleza penal que impone la Administración Pública las reglas y principios prescriptos en el Código Penal, según lo ha reconocido desde antiguo la jurisprudencia de la Corte Suprema[353]. En este sentido, las penas se extinguen por la muerte del infractor, la amnistía y la prescripción[354]. A estas causales cabe añadirle otras provenientes del derecho constitucional –como el indulto o condonación–[355] y del Derecho Administrativo, que interfiere en este ámbito con su propia regulación como, por ejemplo, cuando mediante el dictado de un acto administrativo se extinguen los efectos de las sanciones penales como consecuencia de una revocación dispuesta por razones de ilegitimidad.

XII. LA EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA

1. Introducción: potestades ablatorias, limitaciones y delimitaciones de derechos

Los actos de gravamen no quedan circunscriptos[356] a la actividad de limitación y delimitación de derechos, sino que comprenden también una amplia gama de actos o procedimientos que habilitan a la Administración a ejercer poderes jurídicos más intensos a través de las llamadas potestades ablatorias.

En efecto, mientras la limitación viene a operar sobre las condiciones relativas al ejercicio del derecho, sin modificar los derechos subjetivos del titular y, la delimitación, a comprimir su contenido normal, la potestad ablatoria[357] produce una privación o eliminación de derechos privados en atención a un interés público que nuestra Constitución Nacional y la legislación califican en su grado más intenso (cuando los procedimientos ablatorios inciden sobre derechos reales)[358] bajo el concepto jurídico indeterminado de *expropiación por utilidad pública* (art. 17, CN y art. 1°, LE).

Esta privación de los derechos patrimoniales del particular comporta una situación de legítimo y real sacrificio impuesto por consideraciones inherentes al bien común o interés público, que se singulariza en una operación concreta[359], afectando a un sujeto o conjunto de sujetos determinados, a diferencia de la figura de la delimitación de derechos (tradicionalmente englobados bajo el

[353] *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 185, p. 25, en el caso "Soc. Anón. Frigorífico Anglo V. Junta Nacional de Carnes" donde se señaló que "dado el carácter penal de las multas y no existiendo disposición especial alguna sobre la prescripción de la acción ni de las penas son de aplicación los principios generales del Código Penal".

[354] Art. 59 del Cód. Pen.

[355] Véase: Lozano, Blanca, "La extinción de las sanciones administrativas y tributarias", Madrid, 1990, p. 185; apunta esta autora que la condonación administrativa al igual que el indulto penal, traduce una potestad "esencialmente discrecional en cuanto a la oportunidad de la concesión y la extensión del beneficio".

[356] García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Madrid, 1981, p. 97.

[357] Giannini, Massimo Severo, *Diritto Administrativo*, t. II, Milán, 1970, p. 1181 y ss.

[358] Los procedimientos ablatorios también pueden afectar derechos de obligación. Tal el caso, entre otros, del empréstito forzoso, el servicio militar y, en general, de todas las cargas públicas de naturaleza personal.

[359] Alessi, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, t. II, trad. del italiano, Barcelona, 1970, p. 495.

denominado régimen administrativo de la propiedad privada) que comporta una delimitación abstracta del contorno del derecho, que grava por igual a todos los titulares concretos.

De allí surge la necesidad de proceder a la conversión del sacrificio de los derechos patrimoniales que provoca la expropiación, dado que, al afectar singularmente a una persona en sus derechos concretos de un modo especial, la falta de adecuada y oportuna reparación del desequilibrio haría asumir sólo a ella la carga pública que implica la expropiación, generando una situación de desigualdad con el resto de las personas. Por eso, se ha dicho que el sacrificio que produce la expropiación se reduce al mínimo, al sustituirse por la indemnización que se otorga al particular, logrando así que la carga pública que –en sentido lato– supone la extinción de la propiedad no recaiga, exclusivamente, sobre el expropiado y que se distribuya entre toda la colectividad[360].

2. El fundamento del poder de expropiar

El fundamento del poder expropiatorio reposa en la obligación de contribuir al bien común[361] conforme a un vínculo que enlaza al particular con el Estado en virtud de una relación propia de la llamada justicia legal. Esta especie de justicia, de naturaleza general, contiene el deber de contribución común a través de prestaciones obligatorias de los particulares, que en este caso, son de carácter real. Así como el bien común impone el sacrificio de la propiedad, la inviolabilidad de éste resulta garantizada mediante la conversión del derecho real en un derecho creditorio (en una justa y previa indemnización). Por eso, en este esquema jurídico de la expropiación, no cabe esgrimir la superioridad absoluta del derecho estatal sobre el Derecho Privado patrimonial. En rigor, se trata del fenómeno de disponibilidad de determinadas potestades ablatorias que vienen a imponer un sacrificio a través de mecanismos sustitutivos como la indemnización, que la propia Constitución Nacional exige que sea previa. De ese modo, se afirma la concepción que condensa la conversión de la carga pública en un equivalente económico.

3. Concepto legal de utilidad pública: su calificación legislativa

En la mayoría de los ordenamientos que exhibe el derecho comparado la causa que justifica el ejercicio de la potestad expropiatoria se halla configurada en la ley, lo cual opera como una garantía[362] que limita la discrecionalidad del legislador haciendo que la calificación legal se torne objetiva y concreta, en cada caso. Al propio tiempo, a través de otros mecanismos que más adelante veremos, juega para obligar a la Administración a cumplir con la finalidad que persigue la ley.

[360] García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón, *op. cit.*, t. II, p. 202

[361] Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, p. 137; Bidart Campos, Germán J., *Derecho Constitucional*, t. II, Buenos Aires, 1966, p. 345; Maiorano, Jorge Luis, *La expropiación en la ley 21.499*, Buenos Aires, 1978, p. 16.

[362] La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que la exigencia de la utilidad pública constituye para los particulares una garantía constitucional consagrada en protección de la propiedad privada (*In re* "Nación Argentina c/ Fernández, Jorge J.", *Fallos*, t. 251, p. 246).

Como ya vimos, nuestra Constitución, siguiendo el modelo francés[363], recoge el concepto de *utilidad pública* para definir la *causa expropiandi*, empleando una fórmula legal que supera el criterio más estrecho de la necesidad pública o del uso público.

De acuerdo con el artículo 1° de la LE *la utilidad pública que debe servir de fundamento legal a la expropiación comprende todos los casos en que se procure la satisfacción del bien común, sea éste de naturaleza material.* Este concepto legal importa[364], en rigor, una ampliación tanto del primitivo criterio que limitaba el objeto de la expropiación a la finalidad de realizar obras públicas o servicios públicos como del criterio que concebía la utilidad pública sobre la base de una idea economista, puramente material, que no incluía la satisfacción de intereses de tipo moral o espiritual. Así –por ejemplo– la expropiación de un conjunto de obras de arte con el propósito de exhibirlas en un museo configura una causal que, aun cuando no satisface una necesidad material sino de naturaleza espiritual o cultural de los habitantes, se encuentra enmarcada en el concepto legal de *utilidad pública*.

Para captar el sentido de la expropiación forzosa y el alcance objetivo de la *causa expropriandi* hay que advertir que aquélla no constituye un fin en sí mismo, sino un instrumento al servicio de una actividad del poder público, cuya finalidad, en cierto modo, supera a la propia operación expropiatoria. De allí que la inserción de la *causa expropriandi* en la expropiación forzosa tenga carácter permanente, no quedando circunscripta a la oportunidad en que se emite la declaración legislativa de la utilidad pública ni se agota con la transferencia de la propiedad al expropiante[365]. Este funcionamiento de la *causa* expropriandi que conecta la expropiación al destino del bien expropiado de un modo continuo y permanente, genera una doble consecuencia: por un lado, el deber esencial relativo a su realización y, por el otro, el consecuente derecho del expropiado para demandar la retrocesión del bien en caso de incumplimiento de la finalidad expropiatoria.

La declaración legislativa de la utilidad pública precisa referirse, en principio, a bienes determinados (art. 5°, primera parte, LE), lo cual no impide que, excepcionalmente, se admita la declaración genérica en aquellos casos en que existan razones que impidan realizar la determinación anticipada y específica de los bienes a expropiar y con la finalidad de evitar el retardo en la satisfacción de los intereses públicos en juego. Sin embargo, la procedencia de la declaración genérica queda circunscripta por la ley a una serie de requisitos (art. 5°, segunda parte), a saber: *1°)* los bienes que constituyen el objeto de la expropiación han de ser necesarios para la ejecución de una obra o la ejecución de un plan o proyecto[366]; *2°)* la declaración de utilidad pública debe realizarse en base a informes técnicos referidos a planos descriptivos, análisis de costos u otros elementos, que fundamenten los planes o programas a concretarse; y *3°)* tiene que existir una directa vinculación o conexión entre los bienes a expropiar y la obra, plan o proyecto a realizar.

[363] García De Enterría, Eduardo, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Madrid, 1984, p. 59.

[364] Un criterio similar es el que propició, en su momento, el "Instituto Argentino de Estudios Legislativos" a propuesta de Walter A. Villegas. Véase de este autor: *Régimen jurídico de la expropiación*, Buenos Aires, 1973, p. 31 y ss. El art. 1° del mencionado proyecto (fuente del precepto equivalente de la actual LE) prescribía: "El concepto de 'utilidad pública' es extensivo a todo lo que representa o tienda a lograr una satisfacción para la colectividad, sea ésta de índole material o puramente espiritual".

[365] Conf. García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, p. 63.

[366] En la ley española la expropiación forzosa, en casos similares, requiere la elaboración de planes, lo que presupone un ordenación, ciertamente general, distinta a la mera realización de un proyecto concreto.

Por último, el artículo 5° de la LE prescribe que: "en caso de que la declaración de utilidad pública se refiere a inmuebles, deberán determinarse, además las distintas zonas..." lo que implica la exigenciá de precisar el área geográfica a la que queda circunscripta la calificación genérica de utilidad pública.

Un tema de particular trascendencia vinculado con la *causa expropiandi* es el relativo al alcance del control judicial de la respectiva declaración legislativa porque, no obstante la tendencia de la doctrina favorable a la amplitud de la revisión judicial[367] existen fallos jurisprudenciales que han limitado el control de los jueces a los casos en que median supuestos de gravedad o arbitrariedad extremos[368]. Esta tendencia jurisprudencial limitativa del alcance de la revisión judicial, que suele fundarse en el hecho de que el objeto del contralor, al penetrar en el análisis de la potestad legislativa, podría llegar a alterar el principio de la división de los poderes, es a todas luces, insostenible. En efecto, con una tesis semejante, lejos de afirmarse la división de poderes se la debilita, al consagrarse la omnipotencia del legislador. El Estado de Derecho exige, por el contrario, que para garantizar los derechos y garantías fundamentales, en este caso vinculados con la propiedad privada, la declaración de utilidad pública que efectúa el Parlamento pueda impugnarse por los particulares antes o después del procedimiento expropiatorio y ser objeto de un control amplio por parte de los tribunales de justicia.

4. La indemnización expropiatoria como institución de derecho público

Uno de los pilares donde, ciertamente, se asienta la solidez del edificio de una ley expropiatoria es el relativo a la indemnización, pues de los criterios y procedimientos establecidos para arribar a su determinación y pago hacen a la efectividad y justicia del sistema.

Su fundamento se conecta con la exigencia derivada del principio de la igualdad ante las cargas públicas, contenido en el artículo 16 de la Constitución Nacional, que prescribe la obligación del Estado de restablecer el equilibrio patrimonial del administrado alterado por la expropiación. Porque de sostenerse que esta última implica una suerte de carga pública se violaría la igualdad, por cuanto determinados particulares tendrían que soportar con exclusividad el sacrificio que importa la privación de una cosa o de un derecho, sin recibir a cambio el valor que representa esa ablación, desde el punto de vista patrimonial.

La indemnización, por la peculiaridad de su régimen jurídico, es un instituto perteneciente al Derecho Público, habiéndose superado las antiguas concepciones que postulaban la extensión a esta materia de las reglas del Derecho Civil[369]; sin embargo cabe distinguirla del precio que, por

[367] Conf. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, Buenos Aires, p. 196 y ss.; Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del derecho constitucional y comparado*, t. IV, Buenos Aires, 1956, p. 151 y ss.; Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. VI, p. 354 y ss.; Maiorano, Jorge Luis, *op. cit.*, ps. 29-32.

[368] *Fallos*, t. 251, p. 246; en la actualidad la jurisprudencia de la Corte admite la revisión judicial de la declaración y subsistencia de la causa de utilidad pública (*Fallos*, t. 291, p. 507, considerando 17 *in fine*) en hipótesis de manifiesta arbitrariedad (*in re* "Cía. Azucarera Tucumán c/Gobierno Nacional", de fecha 21-IX-89, *LL*, 1989-IV, p. 425 y ss., especialmente en el considerando 9°, *in fine*).

[369] Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, p. 155 y ss., Buenos Aires, 1987; Forsthoff, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 426 y ss., trad. del alemán, Madrid, 1958; García De Enterría, Eduardo, "Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa", p. 112 y ss. Por de pronto, el derecho civil no conoce la técnica de la indemnización previa ni su naturaleza de carga pública, aparte de la peculiaridad y autonomía del régimen que regula el

tener base convencional, resulta sometido al régimen aplicable a los contratos[370], tal como acontece en el caso del denominado avenimiento o cesión amistosa.

4.1. El juego de los principios y requisitos constitucionales

La naturaleza pública que, en nuestro ordenamiento, reviste la indemnización se desprende claramente de un análisis básico del precepto que prescribe que la privación de la propiedad debe ser "previamente indemnizada" (art. 17, CN). Esta prescripción, que se revela como un corolario imperativo (aun cuando el constituyente pudo haber establecido un sistema distinto) del principio de la inviolabilidad de la propiedad, viene a configurar uno de los presupuestos esenciales de la legitimidad del ejercicio de la potestad expropiatoria[371], cuyo incumplimiento impide el perfeccionamiento de la expropiación[372]. La fuerza de esta regla constitucional ha sido tan grande entre nosotros que ha impedido la regulación de las llamadas expropiaciones de urgencia, cuya recepción realizan otros sistemas del derecho comparado[373] como una excepción al principio general que postula la indemnización previa. En esa línea interpretativa, la doctrina ha interpretado que el artículo 2512 del Código Civil no se refiere a la expropiación sino a la figura de la ocupación temporal[374].

El segundo de los requisitos a que apunta el artículo 17 de la Constitución Nacional se desprende de la propia lógica interna del sistema ya que si el particular solamente puede ser privado de su propiedad mediante sentencia judicial y si la indemnización ha de ser previa, los jueces poseen una jurisdicción privativa para determinar la compensación (a diferencia también de otros sistemas) y así lo prescriben en consonancia con esta regla, los respectivos artículos de la LE, en cuanto señalan que "no habiendo avenimiento respecto del valor de los bienes inmuebles, la cuestión será decidida por el juez" y que "la sentencia fijará la indemnización..."[375].

Resulta también fundamental que la indemnización sea justa, requisito este que no surge en forma expresa de la Constitución Nacional, habiéndose interpretado que se trata de una garantía constitucional innominada[376] prevista, por otra parte, en el artículo 2511 del Código Civil. La justicia de la indemnización se desprende, por lo demás, del principio establecido en el preámbulo de la Constitución Nacional que proclama el objetivo de afianzarla y de la garantía innominada de razonabilidad (art. 28, CN); dicho de otro modo, la garantía de la inviolabilidad de la propiedad sería ilusoria si no se compensara al particular con una justa indemnización.

4.2. Extensión y medida de la compensación: el concepto legal de valor objetivo y su influencia en el sistema indemnizatorio de la LE

La extensión y medida de la expropiación se encuentra resuelta, básicamente, en el artículo 10 de la LE, que con variantes de trascendencia (que separadamente trataremos), reproduce lo prescripto por el artículo 11 de la anterior ley 13.264.

alcance de la indemnización y el sacrificio del expropiado, sólo explicable por el juego armónico de los principios propios del derecho público que halla fundamento tanto en la justicia general como en la justicia distributiva.

[370] Una referencia a esta distinción es la que recoge el art. 28 de la LE

[371] García de Enterría, Eduardo, *Los principios de la nueva ley*, p. 113 y ss.

[372] Art. 29, 2ª parte de la LE

[373] Véase: García de Enterría, Eduardo, *Los principios de la nueva ley...*, cit., p. 115-116. La situación es similar en los derechos francés e italiano.

[374] Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. VI, p. 139, Marienhoff, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. IV, p. 430

[375] Arts. 15 y 20 de la LE

[376] Conf. Marienhoff, Miguel S., *ob. cit*, t. IV, nro. 1359, p. 268.

Interesa destacar, para despejar confusiones, que, en dicho precepto, el sistema indemnizatorio gira en torno a dos rubros: uno de carácter central que hace a la esencia de la institución –el valor objetivo del bien que se expropia; y otro, en cierto modo complementario, pero de gran trascendencia práctica, que apunta a cubrir los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación.

La objetividad del valor hace referencia hoy al valor general o de mercado[377], al valor real[378] del bien objetivamente considerado, con independencia de la valoración subjetiva que pueda atribuirle el propietario[379].

En sentido contrario a lo preceptuado por la ley anterior, la actual LE derogó la prohibición de indemnizar los valores panorámicos e históricos[380] por considerar que ambos no son valores subjetivos sino que integran el "valor objetivo" indemnizable. En cambio, se mantiene la exclusión respecto de otros rubros típicamente subjetivos o eventuales como son las "ganancias hipotéticas", las "circunstancias de carácter personal" y los "valores afectivos".

Una reflexión aparte merece la exclusión del lucro cesante[381], es decir, de las ganancias (no hipotéticas y excluidas expresamente en el art. 10 de la LE) dejadas de percibir por el administrado, que ya había recepcionado también el artículo 11 de la anterior ley 13.264. Este es sin duda uno de los aspectos más debatidos de la teoría de la indemnización y la definición que se adopte al respecto se proyecta al régimen de responsabilidad que rige la indemnización de los daños causados por actos lícitos, conforme, al menos, a la jurisprudencia que era tradicional en la Corte Suprema hasta hace poco tiempo. Con independencia de esta última tendencia jurisprudencial, no se puede desconocer que, en ciertas circunstancias, la aptitud de producción o el valor potencial respecto de la rentabilidad de un bien o las ganancias futuras[382], se tienen en cuenta a los efectos de la determinación de su valor objetivo. Lo mismo cuadra decir de los daños que son consecuencia directa o inmediata de la expropiación (vgr. venta interrumpida por una expropiación parcial o fraccionamiento inadecuado de los lotes restantes que le restan utilidad a la parte del bien no expropiado).

Por dicha causa no parece del todo correcta la asimilación absoluta entre valor objetivo y daño emergente, ni tampoco la noción restrictiva que pretende definir al daño emergente como aquél que es "causado directamente e indirectamente por la privación de la propiedad"[383].

[377] MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV ps. 241-242 y 255-256; LEGON, Fernando, *Tratado integral de la expropiación pública*, Buenos Aires, 1934, p. 497 y ss.

[378] PERA VERDAGUER, Francisco, *Expropiación forzosa*, Barcelona, 1970, p. 22, al comentar el art. 43 de la ley de expropiación forzosa de 1954.

[379] La jurisprudencia de la Corte ha dicho que el valor objetivo es el valor que una cosa o bien tiene en plaza al precio de contado y que "el criterio de objetividad persiste, a los efectos de su razonabilidad, ajustarlo en cada caso, no solamente a las cualidades intrínsecas de la cosa expropiada, sino también a las circunstancias de lugar y tiempo" (*Fallos*, t. 237, p. 38 y ss.).

[380] MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV ps. 255-256.

[381] Véase el caso "Jucalán" publicado en *JA* nro. 5678 del 27-VI-90, p. 34 y ss., donde se sostuvo que tratándose de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos que causaran perjuicios a particulares no cabe omitir la reparación del lucro cesante.

[382] En el comentario que al respecto formuló Jesús ABAD HERNANDO, al poco tiempo de sancionarse la ley de expropiaciones, entrevió este problema; al referirse a la posibilidad de expropiar derechos intelectuales o patentes de invención, dijo que "cuando la ley prohíbe el lucro cesante, en mi opinión, allí éste aparece como accesorio porque la ley ya ha contemplado expresamente el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa o inmediata. Y aquí, precisamente, la única forma que tenemos de valuar este derecho intelectual o patente de invención es por esta posibilidad de ganancias futuras" (en La Ley Nacional de Expropiaciones, 21.499, *Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1977, ps. 68-69).

[383] Así lo sostuvo VILLEGAS, Walter A., *Régimen jurídico de la expropiación*, Buenos Aires, 1972, p. 224.

El dispositivo legal que prescribe la irreparabilidad del lucro cesante en la fórmula del artículo 10 de la LE no puede interpretarse sino a la luz de la pareja de conceptos de Derecho Público que componen los rubros indemnizables (valor objetivo y daños que sean consecuencia inmediata[384] de la expropiación). En tal sentido, la exclusión de la ley se relaciona con el lucro cesante eventual[385] y, desde luego, futuro, operando sobre el valor objetivo y los daños directos consecuentes a la privación cuya indemnización, en definitiva, se integra tanto con el daño emergente como con aquellos lucros o beneficios futuros cuya probabilidad de realización se encuentra asegurada conforme al curso ordinario de las cosas. Esto es así porque, en tales situaciones, corresponde interpretar que se ha producido la incorporación del respectivo derecho, desde el punto de vista jurídico y económico, al patrimonio de una persona o empresa.

En consecuencia, el concepto del "valor objetivo" de la cosa o bien que se expropia no se corresponde estrictamente con la idea civilista del daño emergente, respondiendo a la finalidad de restaurar la lesión intrínseca sufrida en la propia cosa (una revivencia de los *circa rem* o *circa jus*) abarcativa del daño emergente y de las utilidades dejadas de percibir, cuyo ingreso al patrimonio del expropiado ocurrirá indefectiblemente de acuerdo a la evolución normal u ordinaria de los acontecimientos.

Con una interpretación más restringida que la civilista, el rubro lucro cesante que la LE prohíbe compensar juega, entonces, como un concepto autónomo, cuyo fundamento responde al propósito de evitar que la expropiación se convierta en una fuente de enriquecimiento o de ganancias para el expropiado.

4.3. La indemnización de los daños que sean consecuencia directa o inmediata de la expropiación

El artículo 10 de la LE estatuye –como criterio residual– aparte de la reparabilidad del valor objetivo del bien o cosa objeto de la expropiación, la obligación de indemnizar todos los daños que sean una consecuencia directa o inmediata de aquélla. Se trata de perjuicios, por lo general no provocados por la pérdida en sí del objeto expropiado sino generados a raíz de la consecuente privación del dominio del particular, limitándose a los llamados daños inmediatos, que son aquellos que traducen una conexión de primer grado con la expropiación, es decir, que tienen en ésta su causa próxima (argumento del art. 901 del CV, aplicable aquí por analogía).

En cambio, si la expropiación fuera la causa lejana del daño o éste resultara de su conexión con un acontecimiento diferente, el daño sería mediato y como tal no comprendido en la indemnización prevista en el artículo 10 de la LE[386].

A su vez, y como hemos puntualizado precedentemente, dentro de los daños que sean consecuencia directa o inmediata de la expropiación sólo se excluye el lucro cesante eventual y no el que debe considerarse razonablemente incorporado al patrimonio del expropiado –con posibilidades objetivas y estrictamente comprobadas– conforme a las pautas que se han señalado.

[384] Los daños directos se asimilan a los daños inmediatos, tal como acontece en el derecho francés; véase: ALTERINI, Atilio Aníbal, *op. cit.*, p. 131 con cita de RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean, *Tratado del Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, trad. del francés, Buenos Aires, 1964, t. IV, p. 490.

[385] La interpretación que damos en el texto reconoce antecedentes en la jurisprudencia de la Corte Suprema. En el precedente que se registra en *Fallos*, t. 242, p. 254, consideró que "...el lucro cesante se caracteriza por su carácter eventual y futuro...".

[386] A una conclusión similar, aun cuando por vía de un razonamiento teórico distinto, llega Barra para excluir los daños mediatos de la indemnización que debe el Estado a los particulares por la revocación lícita de actos o contratos administrativos; véase: "Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos" en *ED*, 142-930.

Por último, la jurisprudencia exhibe muchos ejemplos de daños que se han considerado indemnizables a la luz de los criterios que se han expuesto, entre los que cabe mencionar: *a)* los gastos de traslado o de mudanza[387] el dinero pagado en concepto de despido[388]; *b)* los gastos de adquisición de la nueva propiedad[389]; *c)* los honorarios de los profesionales de la ingeniería por la confección de los planos de la obra proyectada por el propietario[390] y *d)* el valor "empresa en marcha"[391], entre otros. En cambio, no se ha admitido la indemnización del valor llave, por considerar que su realización depende "de una eventualidad, como es la posible transferencia futura del negocio"[392].

4.4. El pago en dinero efectivo

De acuerdo con el criterio que fluye del artículo 21 de la LE la indemnización debe abonarse en dinero efectivo. Este precepto legislativo se conecta con la exigencia constitucional de una previa indemnización[393] y hace a la justicia e integridad de la restitución que el Estado debe a quien padece el sacrificio patrimonial. Por lo demás, la previsión legislativa, al establecer una determinada forma de pago, impide, paralelamente, el empleo de otros medios cancelatorios de la obligación, como los títulos de la deuda pública, salvo, desde luego, que se cuente con la conformidad del expropiado[394].

Esta obligación legal, que la LE le impone al Estado, rige también frente a situaciones de emergencia, pues estas situaciones, a lo sumo, habilitan para comprimir el ejercicio de los derechos (vgr. postergación de los plazos de pago) pero no fundamentan ni justifican cualquier disminución o demérito que se pretenda realizar sobre el valor del respectivo bien o derecho a costa del expropiado, supuesto francamente inconstitucional.

4.5. Depreciación monetaria e intereses

Para que la indemnización sea realmente integral se requiere que ella comprenda también la depreciación del valor de la moneda pues, de lo contrario, en épocas de inflación monetaria, el expropiado recibirá un valor sensiblemente inferior y meramente nominal que no le compensaría la privación patrimonial tal como lo ha venido sosteniendo una nutrida jurisprudencia[395]. Igualmente, los intereses forman parte de la indemnización[396] sin necesidad de que el expropiado los

[387] CS *Fallos*, t. 204, p. 205.

[388] CS *Fallos*, t. 258, p. 213.

[389] CNCiv Sala D, *in re* "Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c/Pose Rama Eliseo", *ED*, 45-439.

[390] CS *Fallos*, t. 277 p. 450.

[391] La Corte Suprema ha sostenido que para su reconocimiento hoy debe tenerse en cuenta "la situación económica de la empresa" (*Fallos*, t. 300, p. 299 considerando 5°) y que no es indemnizable la situación de una empresa que resulta precaria "en cuanto a las posibilidades de mantener su actividad industrial" (*in re* "Cía. Azucarera Tucumana S.A. c/ Gobierno Nacional" CS fallo del 21-IX-89, *JA*, 1989-IV, p. 437, considerando 20).

[392] En el caso "Cía. Azucarera Tucumana S.A. c/ Gobierno Nacional" *op. cit.* en nota anterior. La Corte puntualizó que la frustración de la transferencia del negocio "como consecuencia del acto expropiatorio no recae sobre ningún elemento positivo y actual de los bienes expropiados sino únicamente sobre una esperanza de lucro"; ver también: *Fallos*, t. 305, p. 837, considerando 12.

[393] Conf. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. IV, p. 309.

[394] MAIORANO, Jorge Luis, *op. cit.*, p. 85.

[395] *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 285, p. 285 y ss. y t. 294, p. 202 y ss., entre otros. La sanción de la ley de convertibilidad nro. 23.928, ha producido la inaplicabilidad del rubro *depreciación monetaria* ya que el valor de la moneda se ha independizado de la tasa de inflación y se mantiene constante en relación con el dólar estadounidense.

[396] MAIORANO, Jorge Luis, *op. cit.*, p. 74.

reclame expresamente en su pretensión indemnizatoria[397]. Conforme al artículo 20 de la LE, dichos intereses se liquidarán a una tasa del 6% anual a partir del momento de la desposesión y hasta el momento en que el pago se haga efectivo, sobre el total de la indemnización sobre la diferencia, según corresponda.

4.6. Resarcimiento de las mejoras, valor llave y valor empresa en marcha

A partir de la declaración legislativa de utilidad pública el propietario del bien afectado posee el derecho a que se le indemnicen las mejoras necesarias que hubiera realizado (art. 11, de la LE). Esta prescripción de la ley, que excluye de la indemnización las mejoras útiles y las voluntarias, ha sido criticada sosteniéndose que contradice la solución que consagra el artículo 42, inc. c) de la LE para el caso de retrocesión, en el que deben resarcirse también las mejoras útiles que hubiera efectuado el expropiante[398].

Se trata de supuestos que obedecen a una diferente *ratio legis* pues, al excluirse de la indemnización las mejoras útiles una vez operada la capacitación del bien la ley pretende que se cumpla el destino legal y que el valor del bien objeto de la expropiación no se altere por actos posteriores y unilaterales del propietario que conocía esa afectación, el cual, por lo demás, tiene siempre a su alcance la acción de expropiación irregular, en los casos previstos en el artículo 51 de la LE

En cambio, en la acción de retrocesión, el expropiante ha obrado, hasta el momento de la sentencia condenatoria, como propietario pleno y sin limitaciones, por lo que parece justo que si la acción se encuentra subordinada a un resultado que, de últimas, es incierto, el accionante no se enriquezca indebidamente con las mejoras útiles que introduzca el expropiante.

Ha sido objeto de debate doctrinario si el valor llave constituye un bien integrante del patrimonio[399] o de la propiedad, en sentido amplio; en este punto consideramos que el valor llave constituye un valor mensurable en dinero que integra el patrimonio, corresponde incluirlo en los rubros indemnizables[400] a raíz de la expropiación, al formar parte del valor objetivo del bien (art. 10, LE). De ese modo, se cumple con el principio de la reparación integral.

En general, la jurisprudencia no ha reconocido la procedencia del valor llave en la indemnización expropiatoria[401] admitiendo[402], en cambio, la posibilidad de que, con base en prueba pertinente, se indemnice el valor empresa en marcha, entendiendo por tal, no las ganancias que produce un determinado patrimonio o conjunto de activos (donde rige la prohibición de indemnizar el lucro cesante) sino el valor que se añade a ese patrimonio o activos cuando integran una empresa que se encuentra en producción o realizando su actividad comercial. Su procedencia responde también a la necesaria integralidad que caracteriza a la indemnización expropiatoria.

[397] MARIENHOFF, Miguel S., "La nueva ley nacional de expropiación: su contenido", publicado en la obra colectiva *La Ley Nacional de Expropiaciones nro. 21.499*, Buenos Aires, 1977, ps. 21-22.

[398] MAIORANO, Jorge Luis, *op. cit.*, p. 76.

[399] Véase: FERRO, Héctor Raúl, *Expropiación de empresas y fondos de comercio*, Buenos Aires, 1977, p. 117 y ss.

[400] MAIORANO, Jorge Luis, *op. cit.* 77.

[401] CS "Fisco Nacional c/Della Valle de Palma, Josefa" del 28-VI-83, *ED*, 106-150; C.N.Civ. Sala G, *in re*, "Moix, Mauricio c/ Municipalidad de la Capital", sentencia del 2-X-86, *JA*, 1986-IV, p. 739 y ss.; CS "Estado Nacional c/Textil Escalada S.A.", sentencia del 19-XII-89, en *LL*, 1990-C, p. 486 y ss.

[402] *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 271, p. 354 y t. 300, p. 299.

XIII. PROTECCIÓN AMBIENTAL

En Argentina, a partir de la reforma constitucional de 1994, el análisis de la problemática jurídica ambiental tiene su punto de partida en el artículo 41 de la Constitución Nacional, sin perjuicio de la legislación que complementa dicha norma básica, la cual prescribe:

"Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohibe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos".

Al efectuar la disección constitucional lo primero que se advierte es la configuración de un derecho al medio ambiente (derecho a un ambiente sano, equilibrado, etc.) a favor de todos los habitantes. Es obvio que este derecho, al igual que los consagrados en el art. 14 CN, se encuentra sometido a las leyes que reglamentan su ejercicio (salvo que tuviera operatividad per se) y si bien, conforme a una reiterada doctrina y a la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, no se conciben los derechos absolutos, la ley, al reglamentar los derechos constitucionales, no puede degradarlos ni alterar su esencia (art. 28 CN).

Con todo, no puede hablarse de una fórmula meramente declarativa, carente de efectos en el plano de la realidad jurídica, ya que su eficacia opera y se proyecta desde diversos ángulos al centro de la problemática jurídica en cuanto:

(i) informa el ordenamiento jurídico al cual penetra como factor determinante en materia interpretativa respecto de la legislación, reglamentos y actos administrativos;

(ii) su violación habilita la impugnación de aquellas leyes o actos de la Administración (de contenido general o individual) que cercenen el derecho al ambiente sano, equilibrado, etcétera;

(iii) genera la responsabilidad estatal por las conductas lesivas del derecho ambiental que ocasionen daños a las personas;

(iv) amplía el círculo de los legitimados para promover la acción de amparo, al incluir al Defensor del Pueblo y a las asociaciones de defensa ambiental registradas conforme a la ley (la cual determina los requisitos y las formas de su organización)[403].

[403] Art. 43, parte 2 CN.

PANORAMA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN BRASIL (2005)

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

I. MODELO REGULATIVO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, BASE CONSTITUCIONAL. CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y FUENTES

Hasta la Constitución de 1988, la regulación fundamental sobre la Administración Pública en Brasil estaba orientada por la visión doctrinal del positivismo jurídico, con todas sus concepciones centradas en el poder del Estado y en sus prerrogativas.

Con la aprobación de la Constitución de 1988, la influencia del movimiento bautizado como *neo-constitucionalismo* por los autores europeos ha renovado toda la concepción novecentista, introduciendo el ciudadano como protagonista principal del Derecho Público, para tornarlo la figura central de la acción administrativa del Estado.

Esa orientación está explicitada en numerosas disposiciones constitucionales, especialmente en el Título II, dedicado a los derechos y garantías fundamentales, y en el Capítulo VII del Título III, que trata de la Administración Pública.

Así es que la *constitucionalización de la administración pública* es posiblemente el trazo más importante del modelo regulativo vigente.

Otro aspecto relevante del modelo brasileño deriva de la forma federal del Estado, adelante tratada en detalle, de modo que conforman la totalidad de la Administración Pública del País una pluralidad de órganos estatales en tres niveles de autonomía política territorial: la Unión, los Estados miembros y los Municipios, todos dotados de personalidad jurídica de Derecho público, a los cuales se acrece el Distrito Federal, de Brasilia, la Capital de la República.

Las *personas administrativas* no son, empero, apenas las personas jurídicas de Derecho público arriba mencionadas, que integran la *Administración Directa*, sino que comprenden una constelación de personas de Derecho público y de Derecho privado de creación legal, que conforman, en su totalidad, un segundo nivel, que se denomina de *Administración Indirecta* (Art. 37, *caput*)[1].

Se cuentan entre las personas de Derecho público de la Administración Indirecta las *autarquías* y las *fundaciones públicas* y entre las personas de Derecho privado, las *empresas públicas*, las *sociedades de economía mixta* y sus *subsidiarias* y las *fundaciones* instituidas bajo el régimen privado.

La actividad administrativa que se sujeta al Derecho administrativo puede estar *delegada* a particulares o a personas jurídicas de Derecho privado, sea en virtud de una expresa previsión de ley (*delegación legal*, como en los casos referidos de empresas públicas, sociedades de econo-

[1] Las remisiones se refieren a la Constitución de la República Federativa del Brasil, promulgada en 5 de octubre de 1988.

mía mixta), sea por pactos administrativos (*delegación contractual* –derivada del contracto administrativo, o *delegación compleja*– derivada de actos administrativos complejos, como los consorcios, convenios, acuerdos de programa y otras modalidades de acto unión) y, finalmente, sea por actos administrativos (simple *delegación unilateral*, derivada de *actos unilaterales*, como son las autorizaciones, permisiones o los reconocimientos de ciertos efectos de Derecho público).

Se hace una distinción entre la administración *extroversa,*, que es la practicada característicamente por el Poder Ejecutivo y se refiere a los intereses de la sociedad que son confiados a la cura del Estado, y la administración *introversa*, que es la practicada por los Poderes Legislativo y Judicial, así como por los órganos constitucionalmente autónomos, con relación a sus propios intereses, referentes a su personal, sus bienes y sus servicios.

Entre los principios establecidos por la Constitución Federal, que se imponen a todas las unidades políticas deben ser destacados los mencionados en el *caput* del Art. 37: *legalidad*, *impersonalidad*, *moralidad*, *publicidad* y *eficiencia*, siendo muy importante un correcto y cabal conocimiento técnico de lo que significan, según lo han construido la doctrina y la jurisprudencia desde la promulgación de la Carta Política de 1988.

Otra característica fundamental del modelo administrativo brasileño es la sumisión al *control judicial pleno* de los actos administrativos, en razón de una cláusula general constitucional de competencia del Poder Judicial (Art. 5°, XXXV).

Así es que, teniendo en cuenta las variaciones introducidas por los diversos autores, se puede *conceptuar el Derecho administrativo brasileño* como la *rama del Derecho público que estudia los principios, reglas e institutos que rigen las actividades jurídicas del Estado y de sus delegados, las relaciones de subordinación y de coordinación de ellas derivadas, y los instrumentos que garantizan la limitación y el control de su legalidad, legitimidad y licitud (moralidad), al actuar concreta, directa e inmediatamente en la prosecución de los intereses públicos, excluidas las actividades de creación de la norma legal (legislación) y de su aplicación judicial contenciosa (jurisdicción)*[2].

II. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA FEDERAL, DE LOS ESTADOS, DEL DISTRITO FEDERAL Y DE LOS MUNICIPIOS

Como se adelantó, en Brasil, en razón de su extensión continental, de la diversificación de los medios geográficos y culturales y de tradiciones históricas que remontan al tiempo de la colonia portuguesa, se ha optado, desde 1988, por ocasión de la transformación de la Monarquía constitucional en República, por una *forma federativa de Estado*, presentando tres niveles de autonomía política territorial: la Unión, los Estados miembros y los Municipios, todos dotados de personalidad jurídica de Derecho público, a los cuales se acrece el Distrito Federal, de Brasilia, Capital de la República, con una situación político-administrativa semejante a la de los Estados.

La *organización* de cada una de esas unidades –que comprende la Unión, los veinte y seis Estados, el Distrito Federal y los más de cinco mil y quinientos Municipios en que se divide el territorio nacional– sigue los principios y reglas expresas en la Constitución (Título III).

[2] Del autor, ***Curso de Derecho Adminitrativo***, Rio de janeiro, Editora Forrense, 2003.

Cabe solamente a la Unión ejercitar la *soberanía* externa de la República, pero todas las unidades de la Federación gozan de autonomía político-administrativa (Art. 18), pudiendo los Estados disponer las bases de sus respectivas organizaciones en sus *Constituciones* y, el Distrito Federal y los Municipios, a su vez, en sus *Leyes Orgánicas*.

La Unión y los Estados (así como el Distrito Federal) distribuyen el ejercicio de la *unidad del Poder del Estado*, en tres Poderes orgánicos tradicionales –el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial–, mientras que los Municipios no poseen un Poder Judicial propio y se valen del aparato judicial del Estado miembro al que pertenecen.

Además de los tres Poderes, existen otros *órganos constitucionalmente autónomos* los cuales, sin que se organicen como otros tantos Poderes del Estado, gozan de independencia constitucional para el desempeño de sus funciones, como es el caso del Ministerio Público (federal y de los Estados), de las Defensorías Públicas (de la Unión y de los Estados, de las Abogacías del Estado (de la Unión y de los Estados) y de los Tribunales de Cuentas (de la Unión, de los Estados y de los Muncipios)

El Poder Ejecutivo, que congrega la más grande concentración de competencias administrativas extroversas, es ejercido por Jefes unipersonales: el *Presidente de la República*, que dirige la administración pública nacional, los *Gobernadores*, que dirigen la administración pública de los Estados y del Distrito Federal (se dice "administración *estadual*" para distinguirse del género que es la "administración *estatal*"), y los *Prefectos* (que se corresponden con los *alcaldes* españoles), los jefes de las administraciones municipales. Todos esos *agentes políticos* son elegidos para el ejercicio de un mandato de cuatro años, mediante sufragio universal, por voto directo y secreto de los ciudadanos, pudiendo escoger sus auxiliares directos (Ministros de Estado, para la Unión, y Secretarios de Estado y Secretarios Municipales, respectivamente, para los Estados y los Municipios).

Los Jefes de los Poderes Ejecutivos de los tres niveles, además de las funciones mencionadas, de dirección general de la administración pública, desempeñan diversas funciones políticas, como la coparticipación en el proceso legislativo y la edición de reglamentos de ejecución y de reglamentos autónomos, éstos, en dos hipótesis específicas (Art. 84, VI, *a* y *b*).

III. EL PROCESO Y EL PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

En el Derecho publico brasileño, *proceso* es el instrumento para ordenar los trámites necesarios a la realización de *fines* determinados, y *procedimiento*, es la articulación de actos sucesivos, necesarios para la constitución de un proceso.

El proceso administrativo, como los procedimientos de que se valen, son especies de los géneros *proceso* y *procedimiento*, ampliamente utilizados en la dogmática jurídica para ordenar los trámites de las decisones judiciales y la elaboración de la leyes.

Por expresa disposición constitucional, la formalidad del proceso –*el debido proceso legal*– es una garantía del ciudadano, que debe ser respetada por el Poder Público en todas sus relaciones con las personas (Art. 5°, LIV).

Cada esfera administrativa puede reglar sus propios procesos y procedimientos, ya que tienen autonomía política para ello (Art. 18), pero deben ser observados los *principios constitucionales* pertinentes, como el *contradictorio* y la *amplia defensa*, con los medios y recursos a ella inherentes (Art. 5°, LV), la *publicidad* (Art. 37, *caput*), la *motivación* de las decisiones (Art. 93, X),

principios que se articulan con la competencia atribuida a la Unión para legislar sobre el Derecho procesal (Art. 22, I).

Específicamente, para la Unión, rige una normatividad legal introducida por la Ley nº 9.784, de 29 de enero de 1999, directamente dirigida a la protección de los derechos de los administrados.[3]

Por otra parte, en cuanto a los *principios infraconstitucionales* del procedimiento administrativo, pueden destacarse la imparcialidad, la oficialidad, la participación, la realidad, la razonabilidad, la celeridad, la economía, la transparencia, la rendición de cuentas, la confianza legítima, la buena fe y la lealtad procesal, todo convergiendo para la realización de la ley y del Derecho.

IV. EL ACTO ADMINISTRATIVO, SU EJECUCIÓN, PRINCIPIO DE AUTOTUTELA, LOS RECURSOS EN VÍA ADMINISTRATIVA.

Al igual que en la generalidad de los países de tradición romano-germánica, el tema central de la dogmática administrativa sigue siendo el *acto administrativo*, tratado en cuanto a su concepto, elementos, características y, particularmente sus efectos, con el sentido de asegurar su control por la propia Administración y por los órganos judiciales.

En lo que se refiere al *concepto*, el que predomina en la doctrina brasileña, con algunas variaciones, considera el *acto administrativo* como *manifestación de voluntad de la Administración, destinada a producir efectos jurídicos con objeto de constituir, declarar, confirmar, alterar o desconstituir una relación jurídica entre ella y los administrados o entre sus propios entes, órganos y agentes.*

Los elementos constitutivos ya no pertenecen a la doctrina, sino que se encuentran positivados en la Ley nº 4.7171, de 29 de junio de 1965, como balizamientos para su control de legalidad, en número de cinco: *competencia, finalidad, forma, motivo* y *objeto.*

Las características, que son los atributos peculiares de los actos administrativos, conforman un elenco clásico autoexplicativo: *existencia*, *validez*, *imperatividad*, *eficacia*, *ejecutabilidad, ejecutoriedad, efectividad y relatividad.*

La relación de los *efectos* del acto administrativo –básicamente los de constituir, declarar, confirmar, alterar o desconstituir una relación jurídica– dicta la diversificación de los actos administrativos *in species*, y, así, informa las innúmeras clasificaciones disponibles en la doctrina internacional y nacional. Se puede destacar, por su utilidad en la sistemática del control, la clasificación cuanto a la naturaleza de la *competencia* del autor –en *vinculado* o *discrecional*– que abre una inmensa temática, que se va enriqueciendo en la medida que se perfeccionan los criterios de investigación de la *juridicidad* amplia (legalidad, legitimidad y licitud) de la acción de los poderes públicos en los *Estados Democráticos de Derecho*, tal como definidos en la línea inaugurada por la Ley Fundamental de Bonn.

Otra clasificación importante, principalmente para efectos de control, es la que parte de la especial característica de la *ejecutoriedad*, a partir de la cual se distinguen los actos administrativos *autoejecutorios* de los actos administrativos *heteroejecutorios*.

[3] El autor ha sido uno de los miembros de la Comisión Especial de Juristas encargada de la redacción del Anteproyecto de Ley que, sin ninguna alteración, ha sido convertido en Ley por el Congreso Nacional.

La regla es la *autoejecutoriedad*, de modo que, como un corolario de la *imperatividad*, la Administración puede agotar la producción de los efectos de sus actos con sus propios medios, empleando si necesario la coerción física. La excepción es la *heteroejecutoriedad*, que será siempre de previsión expresa por una *norma constitucional* o *legal* que determina a la Administración el previo sometimiento de ciertos actos a la apreciación judicial, para que su ejecución se haga con los medios propios de este Poder del Estado, que, en el caso, debe cumplir un necesario y *previo control de legalidad* del acto que la Administración desea ejecutar. Es lo que sucede, por ejemplo, con ciertos institutos como la *desapropriación*, la *ejecución de obligaciones pecuniarias*, la *intervención en la dirección de empresas privadas* y en otros casos expresamente definidos en la legislación.

En éstas, como en todas las hipótesis, es *deber* de la Administración hacer el control de la *juridicidad* de sus propios actos: un ejercicio obligatorio –y no facultativo– de la *autotutela*, tanto por autoprovocación interna (*ex officio*), como por provocación externa de los administrados, y siempre con la estecha observancia de los debidos procesos establecidos por ley, con sus garantías específicas, entre las cuales, la de ofrecimiento de *recursos* jerárquicos, propios, en la Administración Directa, o impropios, cuando admitidos, en la Administración Indirecta.

Como se ha expuesto, en virtud de la cláusula de jurisdicción universal, ningún acto *lesivo a derecho* o que lo *amenace* se queda excluido de la apreciación judicial (Art. 5°, XXXV), lo que es garantizado por una amplia gama de acciones, que posibilitan la realización desde el *control preventivo* del acto concreto en vías de ser practicado, al *control correctivo* de actos administrativos normativos federales y estaduales (la palabra "estaduales", con el sentido expuesto, de acto del Estado-miembro).

V. LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN

En el Derecho administrativo brasileño, la actuación de la Administración Pública no se circunscribe a la tradicional vía imperativa y unilateral, siendo no solamente posible sino también deseable que ella se valga de un arsenal de instrumentos consensuales –los *pactos*, en general–, que tanto pueden ser los que estipulan prestaciones *conmutativas* para atender a objetivos *distintos* de los pactantes (los *contratos)*, cuanto los que estipulan prestaciones *convergentes* para atender a objetivos *comunes* de los pactantes (los *acuerdos)*.

Así es que el Estado puede vincularse en negocios jurídicos consensuales para alcanzar los objetivos de interés público a su cargo a través de *prestaciones contractuales de terceros*. Hay, por lo tanto, una categoría general de *contratos de la Administración*, aunque ni todos ellos sean técnicamente *contratos administrativos,* que conforman una subcategoría específica.

La diferencia está en la *configuración propia* que a los *contratos administrativos* les confiere el legislador, con el objeto de acautelar con reforzado rigor los intereses públicos en ellos involucrados, y que, por este motivo, está sujetos a una normatividad especial. Por otro lado, la *distinción* entre los *contratos privados* y los *contratos administrativos* no se encuentra en una *finalidad pública genérica*, porque nada impide que contratantes privados puedan pactar entre sí el atendimiento de intereses públicos, ni, tampoco, en la *presencia del Estado* en la relación, porque otras personas administrativas, con personalidad de Derecho público o de Derecho privado, podrán celebrar contratos administrativos, ni mismo en el *régimen jurídico* aplicable, porque este régimen

será una consecuencia y no una característica, ya que decir que contrato administrativo es aquél que se somete al régimen administrativo no es una tautología.

La distinción debe ser encontrada en el *interés público específico* que se espera atender por la vía contractual y que es inmediatamente reconocido por el hecho de estar necesariamente *definido en ley*. Así, es precisamente la *ley*, al calificar un determinado interés como un *interés público específico, para el fin de ser atendido por prestaciones de terceros*, la que eleva el contrato resultante a la categoría jurídica de *contrato administrativo*.

Pero, al contrario de lo que les parecía a los clásicos, la sumisión del contrato administrativo a normas de Derecho administrativo no implica en una "*derogación*" del régimen privado, con el intuito de privilegiar la Administración en la relación contractual, sino que es una aplicación de otro *régimen común* (y tan común como lo es el Derecho privado) a las relaciones en que se busca armonizar los intereses individuales con los intereses públicos.

Lo que parecía "derogatorio" serían los, así considerados, *privilegios* otorgados a la Administración en los contratos administrativos, pero una visón mas actualizada, que lleva en cuenta la prelacía de los derechos fundamentales sobre todos los otros, y su incompatibilidad con los privilegios, demuestra que lo que se instituye, en verdad, *son prerrogativas funcionales,* utilizables por la Administración siempre que el legislador, ponderando los intereses en juego, tanto los públicos como los privados, cautele de modo especial *los intereses públicos específicos* y no más que estos, involucrados en el contrato administrativo.

Eso explica porque *la prestación de interés público*, que estará a cargo del contratista privado, pueda ser redefinida discrecionalmente por la Administración siempre que eso concurra para un mejor atendimiento del interés público específico, lo que no ocurrirá con la *prestación de interés privado*, generalmente expresa en pecunia, que estará a cargo del contratista público, y que deberá mantener siempre el *valor* fijado por las partes, porque la instabilidad de las cláusulas de interés público jamás podrá conllevar un desequilibrio en la conmutatividad originariamente establecida para el pacto.

La competencia para legislar a nivel de *normas generales* sobre *contratación administrativa*, lo que incluye los contratos administrativos, es constitucionalmente *privativa* de la Unión (Art. 22, XXVII), así como la de elaborar *normas generales* para las *licitaciones* que les precedan.

Los Estados y Municipios pueden crear sus propias figuras contractuales, con las características que les parezcan apropiadas, desde que respectadas las normas generales de la Ley nº 8.666, de 21 de junio de 1993. Una excepción son los contratos de concesión y de permisión de servicios públicos que, por expresa determinación constitucional (Art. 175, párrafo único), se someten a regencia federal en todo lo que se refiera al régimen de las empresas concesionarias y permisionarias de servicios públicos, al carácter especial de su contrato y de su prorrogación, bien como las condiciones de caducidad, fiscalización y rescisión de la concesión o de la permisión, y, más, los derechos de los usuarios, la política tarifaria y la obligación de mantener servicio adecuado.

Los contratos administrativos en especie más importantes en el Derecho administrativo brasileño son: los *contratos de obras y servicios*, los *contratos de compra de bienes*, los *contratos de alienación de bienes públicos*, que son regidos por la Ley nº 8.666, de 21 de junio de 1993; los *contratos de concesión y de permisión de servicios públicos* o *de obras y servicios públicos*, que reciben un tratamiento específico en la Constitución (Art. 175) y en la Ley nº 8.987, de 13 de febrero de 1995; y, para hacer referencia a un instituto recién legislado, los *contratos de aparcería público-privada,* disciplinados por la Ley nº 11.079, de 30 de diciembre de 2004. Otras leyes

específicas instituyen contratos administrativos nominados peculiares para ciertas áreas o para determinados negocios.

VI. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

En Brasil, lo mismo que en todos los países, *sanciones administrativas* de todo tipo son aplicadas directamente por el Estado sobre sus servidores y sobre los particulares, así como por ciertas corporaciones de Derecho público independientes, que las aplican sobre sus integrantes, como es el caso de la Orden de los Abogados de Brasil (Ley nº 8.906, de 4 de julio de 1994). Es una actividad de gran expresión social y en plena expansión, que reclama normatividad y aplicación rigurosas y adecuadas, para que no sea pretexto para abusos, persecuciones y arbitrariedades.

La garantía constitucional del *debido proceso*, ya mencionada (Art. 5º, LVI), es la base para la construcción del Derecho administrativo sancionador brasileño, que, como es doctrinariamente aceptado, es una aplicación específica del poder punitivo del Estado.

La *sanción administrativa* presenta cuatro elementos fundamentales: la autoridad administrativa (elemento subjetivo), el efecto aflictivo (elemento objetivo), la finalidad represora (elemento teleológico) y el proceso aplicativo (elemento formal).

El principal expositor brasileño del tema, Fabio Medina Osório,[4] ofrece, a partir de eses cuatro elementos y después de los analizar, el siguiente *concepto*, que bien revela el estado del arte de los estudios en el País:

"Consiste la sanción administrativa, por lo tanto, en un mal o castigo, con alcance general y potencialmente pro futuro, imposto por la Administración Pública, materialmente considerada, por el Poder Judicial o por corporaciones de Derecho público, a un administrado, agente público, individuo o persona jurídica, sujetos o no a especiales relaciones de sujeción al Estado, como consecuencia de una conducta ilegal, tipificada en norma prohibitiva, con una finalidad represora o disciplinar, en el ámbito de aplicación formal y material del Derecho Administrativo".

De ahí se retira la afirmación de la *unidad de la pretensión punitiva del Estado* y, en consecuencia, la plena *aplicabilidad de los principios constitucionales* que balizan esa actividad punitiva.

El Estado Democrático de Derecho, como se sabe, se funda en el *principio de la dignidad de la persona humana* (Constitución, Art. 1º, III), asegurando, además del *debido proceso* ya mencionado (Art. 5º, LIV), la *personalización* –para que la pena no pase de la persona condenada (Art. 5º, XLV) y la *individualización*– para que la pena sea especificada para cada individuo condenado (Art. 5º, XLVI).

Bajo esos balizamientos, la disciplina del proceso y del procedimiento sancionador, existen otras garantías: la de la *presunción de inocencia* (Art. 5º, LVII), la del *principio de defensa (*Art. 5º, LV), la del *principio de motivación* (implícitamente en el Art. 5º, LIV y LV, y explícitamente en el Art. 93, X) y la del *principio de la prescripción*, que se considera un necesario corolario del *principio de la seguridad jurídica* y, así, al *principio de la dignidad de la persona humana*,

[4] FÁBIO MEDINA OSORIO, ***Direito Administrativo Sancionador***, São Paulo, Editora RT, 2000, p. 80.

cerrando, con eso, el círculo lógico de los principios del Derecho administrativo sancionador en sede constitucional.

VII. LA DISCRECIONALIDAD Y OTRAS APERTURAS DE OPCIONES PARA LA DECISÓN ADMINISTRATIVA A PARTIR DE LA LEY

La evolución del tema en la doctrina y en la legislación brasileña apunta hacia dos grandes vertientes: la teoría de la *ampliación de las elecciones administrativa* y, como consecuencia, la teoría de la *ampliación de los respectivos controles*.

Realmente, el desarrollo de la primera teoría presupone el desarrollo *pari pasu* de la segunda, porque, de otra forma, se estaría regresando en vez de progresar en el perfeccionamiento de la juridicidad de la acción de la Administración Pública.

Entendida en todo su rigor teórico, el *principio de legalidad* exigiría que toda acción administrativa fuese una *ejecución fiel de la voluntad expresa en la ley* y, por eso, no deberían ser practicados, en tesis, nada más que actos *vinculados* o *reglados*, porque esta voluntad legal solo habría de ser *unívoca,* o sea, limitada a una *única opción*: exactamente la que comandó la ley.

La **primera técnica de apertura**, flexibilizando ese rigor, que es, como se ve, puramente teórico y sin soporte en la *realidad de los hechos*, se depara con la existencia, en todos los sistemas jurídicos, de unos *conceptos jurídicos indeterminados*, como recursos de que se valen los legisladores para que los que aplican la ley investiguen, *in casu*, cuando lo hagan, si *realmente* se presentan esos presupuestos.

En consecuencia, la existencia de conceptos jurídicos indeterminados abre *dos alternativas* para la acción del administrador, y dependerá la naturaleza de su decisión del reconocimiento (o no) de la existencia de los presupuestos legales para su aplicación.

Por ejemplo, cuando la ley autoriza la Administración a actuar *en caso de urgencia*, ahí se tiene un concepto jurídico indeterminado que solo admite que se deflagre validamente la *acción administrativa*, están presentes los presupuestos fácticos, y no lo admite, si no lo están, porque se trata de un requisito de *validez* del acto.

La **segunda técnica de apertura** de opciones para la toma de decisiones administrativas a partir de la ley es la *discrecionalidad,* un instituto concebido para ampliar considerablemente el abanico de posibilidades de selección entre acciones administrativas alternativas, una vez que el legislador, ante la imposibilidad de prever puntualmente en la letra de la ley todos los *motivos* o todos los *objetos* posibles (o ambos) de un acto administrativo, prefiere *delegar* a quienes la aplicarán, la tarea de escogerlos, definiendo los *motivos* u *objetos* (o ambos) del acto que les parezcan los *más adecuados para realizar la finalidad de la norma.*

Así es que, del antiguo concepto de discrecionalidad, según el cual ésta sería una especie de "libertad" otorgada al administrador público, que además se revelaba impropio, porque la libertad es un atributo de las personas humanas y no de las personas morales, se pasó al concepto de delegación: la transferencia parcial de un aspecto de la función legislativa, que es la tarea de *densificar los presupuestos aplicativos de la norma legal.*

En otras palabras y más precisas para describir el fenómeno de la discrecionalidad, el legislador se abstiene de definir la *hipótesis concreta* de legítima aplicación de la norma y *delega al*

administrador la tarea de integrar un cierto residuo de legitimidad, con vistas a que su aplicación pueda ser más justa y adecuada en cada caso.

No hay, por tanto, rigurosamente, ni un "poder discrecional" ni, tampoco, un "acto discrecional", sino una *función discrecional,* que viene implícita en el comando de la norma, que, por tanto, es redactada, de propósito, defectiva de ciertos elementos de densificación que serían necesarios para permitirle una aplicación inmediata.

Los avances de la *dogmática de la apertura de la decisión administrativa* durante el siglo veinte, una de las respuestas encontradas para superar las crecientes dificultades para que la ley acompañe de cerca y eficientemente los cambiantes fenómenos sociales, llevaron, incluso, a la búsqueda de una confortable ampliación de la selección de alternativas abiertas para las aplicaciones administrativas más justas de la ley.

Con ellas se llega a la **tercera** y más reciente **técnica de apertura** –la que se produce con la *deslegalización*–. Efectivamente, es en las hipótesis en que el ordenamiento jurídico prevé una *deslegalización*, que se produce la más amplia multiplicación de alternativas de acción administrativa, ya que no se trata sólo de una tarea de *integrar una norma* para ejecutarla, sino de la apertura de todo un nuevo y extenso campo de ejercicio no sólo de funciones ejecutivas tradicionales sino de *funciones múltiples e híbridas*, o sea: no solamente para *producir normas* sublegales, como para *ejecutar comandos* y para actuar en la *composición de conflictos*.

Este *conjunto de funciones* transferidas con la deslegalización –normativas, ejecutivas y parajudiciales– además de otras, como las de planeamiento y control, permiten que la Administración pueda dar un tratamiento infralegal (o sublegal, como se prefiera) *ponderado*, sea *in concretu*, sea *in abstractu,* a miríadas de nuevas situaciones a ser regladas de modo a que logre realizar, del modo más *justo*, *eficiente* y *efectivo* posible, la finalidad pública indicada en la ley delegalizadora.

Pero, como se adelantó, paralelamente a cada una de esas ampliaciones de las posibilidades de selección de acciones administrativas, hay necesidad de desarrollar correspondientes *institutos de control*, ya no más para verificar la *legalidad estricta de los actos*, como ocurría en el pasado reciente, sino también para verificar la satisfacción de los otros y más modernos parámetros de juridicidad, más exigentes y sofisticados, como lo son los que verifican la *legitimidad,* la *licitud (moralidad),* la *razonabilidad,* la *proporcionalidad,* la *eficiencia* y hasta la *efectividad* de las opciones administrativas

El uso inteligente, sin exageración y con perfecta conciencia del alcance de cada uno de esos nuevos parámetros de juridicidad, hace de la *actividad de control* uno de los campos del Derecho administrativo en que se constatan los más significativos logros de perfeccionamiento institucional.

VIII. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y OTROS MODOS DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN, EN ESPECIAL LOS ARBITRAJES

El control de la Administración el en Derecho administrativo brasileño es cada vez más dependiente del buen uso de los instrumentos de *provocación*, lo que indica, por esa razón, un progresivo ensanche, que la lleva a extenderse a un número cada vez más grande de legitimados al empleo de siempre más diversas y novedosas formas de provocación de la propia administración

(control de *autotutela*), de los tribunales (control *judicial*) y de los otros órganos constitucionalmente independientes encargados de ejercer parcelas específicas del control, como, por ejemplo, los tribunales de cuentas.

Dos aspectos deben ser desde luego considerados en tema de control judicial en Brasil: el de la *jurisdicción única* y el de la *forma federativa* de Estado.

Al igual que ocurre en otros países que adoptan la unidad de jurisdicción, el control último de juridicidad es *universal* y no puede ser eludido, siempre que el tema sea un *interés público indisponible*. La expresión *contencioso administrativo* no significa, por ese motivo, lo mismo que en los países en que la jurisdicción del Estado está dividida en dos ramas: una *justicia común*, para todos, y una *justicia especial* con la prerrogativa de juzgar las cuestiones en que sea parte la Administración.

Así es que el uso de la expresión *contencioso administrativo* en el Derecho brasileño no tiene connotación *formal*, o sea, indicativa de un sistema judicial apartado de la justicia común, sino solamente un sentido *material*, para indicar la *contienda* o controversia que involucre personas administrativas. No más que en esta acepción se debe tomar aquella expresión en los países de jurisdicción única.

Dada la *forma federativa* de Estado, la Constitución instituyó un *sistema nacional de control judicial*, en que los jueces y tribunales federales y de los Estados están articulados, en sus respectivas jurisdicciones y competencias (Art. 92).

En la cumbre, con jurisdicción en todo el territorio nacional, están el Supremo Tribunal Federal y el Superior Tribunal de Justicia (Art. 92, I y II, y su párrafo único). Siguen los Tribunales y Jueces de la justicia común federal –los Tribunales Regionales Federales y Jueces federales– y los de las ramas especializadas –Tribunales y Jueces del Trabajo (*contencioso laboral*), Tribunales y Jueces Electorales (*contencioso electoral*) y Tribunales y Jueces Militares (*contencioso penal-militar*); cierran el elenco la justicia común de los Estados miembros– los Tribunales y Jueces de los Estados, del Distrito Federal y una previsión para una justicia en los Territorios, cuando y mientras vengan ellos a existir (Art. 92, II, III, IV. V, VI y VII).

Al *Supremo Tribunal Federal*, le compete, además de otras incumbencias, la *guardia de la Constitución*. Es, por lo tanto, un Tribunal Constitucional sobre el cual se acumulan otras competencias originales y de recursos (Art.102).

El *Superior Tribunal de Justicia* posee competencia originaria para juzgar altas autoridades del País y una importante competencia de un *recurso especial* para mantener la vigencia, la autoridad y la unidad de la legislación federal (Art. 105).

Paralelamente a las justicias especializadas del *trabajo*, *electoral* y *militar*, la *justicia federal* es una *justicia común* encargada del contencioso administrativo, civil y penal en que sean parte la Unión y las personas administrativas de su administración indirecta (Art. 108 y 109).

La *justicia común civil y penal* es ejercida por los Tribunales y Jueces de los Estados que también pueden juzgar el contencioso administrativo del respectivo Estado (o del Distrito Federal) y de los Municipios incluidos en su área geográfica (Art.125).

El acceso a la justicia es una *garantía constitucional* y la *sistemática procesal* vigente –procesos constitucionales y procesos legales– garantiza la emisión de decisiones, que podrán ser, conforme los tipos de acciones de que se valgan los respectivos autores, de *control abstracto de constitucionalidad*, que vincula a todas las Administraciones Públicas de País, o de *control concreto de constitucionalidad o de legalidad*, que obliga únicamente a la Administración que haya sido parte del proceso.

En el sistema constitucional brasileño, las *funciones esenciales a la justicia* –con cuatro ramas: la *abogacía,* el *ministerio público,* la *defensoría pública* y la *abogacía pública* (mejor dicho, la *abogacía de Estado)*– reciben un tratamiento destacado en el propio Título IV, dedicado a la Organización de los Poderes del Estado, como un Capítulo IV, después de los tres Capítulos dedicados al Poder Legislativo, al poder Ejecutivo y al Poder Judicial, para enfatizar, entre otros aspectos, la fundamental *importancia de la promoción y defensa de los intereses* puestos a su cargo, la *independencia funcional* de sus miembros y las *garantías que cercan el ejercicio de sus respectivas funciones* (Art. 127 a 135).

También, en términos de control, es importante indicar que, en Brasil, la magistratura se encuentra sujeta a un sistema de control administrativo externo propio, ejercido por el *Consejo Nacional de Justicia*, que es un órgano de composición mixta, de magistrados de alto rango y de miembros de las funciones esenciales a las justicia, que tiene altas atribuciones de *fiscalizar la gestión administrativa, financiera y correccional de los Tribunales* (Art. 103-B).

Pero el control no se agota en los órganos estatales. Como se entiende que el Estado goza del monopolio judicial pero no del monopolio de la justicia, será respetada una cláusula compromisoria que acuerde las vías consensuales, como la mediación y el arbitraje.

El *arbitraje*, como medio de solución de controversias de contencioso administrativo será siempre posible, cuando no se encuentren en juego *intereses públicos indisponibles*, que son los *intereses públicos primarios sin contenido patrimonial.*

El acceso de los interesados a los sistemas de control externo, del Poder Judicial, del Consejo Nacional de Justicia y, como se verá adelante, de los Tribunales y Consejos de Cuentas se garantiza en la Constitución, que estimula en varias disposiciones de su texto la *participación de la sociedad* por las personas interesadas y por las organizaciones sociales creadas específicamente para ejercer y ampliar el *control social* bajo todos sus aspectos y posibilidades.

IX. OTRAS TECNICAS DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN

No solamente el Poder Judicial ejerce control sobre la Administración Pública; en el sistema de *checks and balances,* heredado del sistema constitucional norteamericano, que ha servido de parangón por ocasión de la proclamación de la República en 1888, han sido previstos *controles recíprocos* entre los tres Poderes clásicos del Estado,

Así es que los Poderes Ejecutivos de los tres niveles federativos –de la Unión, de los Estados y de los Municipios– son controlados por sus Poderes Legislativos, respectivamente: el Congreso Nacional, con sus dos Casas –la Cámara de los Diputados y el Senado Federal– las Asambleas Legislativas y las Cámaras Municipales. Es la Constitución Federal la que establece el modelo de control que deberá ser simétricamente observado por los Estados, el Distrito Federal y los Municipios.

La Constitución otorga al Congreso Nacional las siguientes competencias de control de la Administración Federal: suspender los actos normativos del Poder Ejecutivo que desorbiten del poder reglamentario o de los límites de delegación legislativa (Art. 49, V); juzgar anualmente las cuentas rendidas por el Presidente de la República y apreciar los relatorios sobre la ejecución de los planes de gobierno (Art. 94, IX); fiscalizar y controlar directamente, o por cualquiera de sus Casas (la Cámara de los Diputados y el Senado Federal), los actos del Poder Ejecutivo, incluidos los de la administración indirecta (Art. 49, X).

Otorga, también, separadamente para cada una de las Casas legislativas federales –La Cámara de los Diputados y el Senado Federal– o a cualquiera de sus Comisiones, el poder de convocar Ministros de Estado u otros titulares de órganos directamente subordinados a la Presidencia de la República para prestar, personalmente, informaciones sobre asunto previamente determinado, importando en crimen de responsabilidad la ausencia sin justificación adecuada (Art. 50, *caput*), con previsión de presentación espontánea (§ 1°) y de encaminar pedidos de información por escrito (§ 2°).

A la Cámara de los Diputados, singularmente, le cabe autorizar, por dos tercios de sus miembros, la instauración de proceso contra el Presidente y el Vicepresidente de la República y los Ministros de Estado (Art. 51, I) y proceder a la rendición de cuentas del Presidente de la República cuando ella no sea presentada regularmente al Congreso Nacional en los sesenta días después de la apertura de la sesión legislativa (Art. 51, II).

Al Senado Federal, compete privativamente procesar y juzgar el Presidente y el Vicepresidente de la República en los crímenes de responsabilidad, bien como los Ministros de Estado y los Comandantes de la Marina, del Ejército y de la Aeronáutica en los crímenes de la misma naturaleza conexos con aquéllos (Art. 52, I).

Importante es señalar que las Comisiones permanentes o temporarias del Congreso o de cualquiera de sus dos Casas también pueden convocar Ministros de Estado para prestar informaciones sobre asuntos inherentes a sus atribuciones (Art. 58, § 2°, III) y las Comisiones Parlamentarias Inquisitoriales, (*Comissões Parlamentares de Inquérito*), que podrán ser creadas por la Cámara o por el Senado, tienen poderes de investigación propios de las autoridades judiciales para apurar hechos determinados, en plazo cierto (Art. 58, § 3°).

Complementa el control político de la Administración Pública de todos los niveles que cabe a las casas parlamentarias de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, *un control externo contable, financiero y presupuestario*, ejercido por los Tribunales y Consejos de Cuentas en ellos constituidos (Art. 71).

Con esos órganos se articula un *sistema informal* de control contable, que cubre todo el País, encabezado por el *Tribunal de Cuentas de la Unión* y con la participación de los Tribunales de Cuentas de los Estados y del Distrito Federal, los Tribunales o Consejos de Cuentas de los Estados para sus Municipios, donde sean instituidos, y los dos Tribunales de Cuentas Municipales (exclusivos para las megalópolis del País –Rio de Janeiro y São Paulo– porque estas dos ciudades manejan presupuestos más grandes que muchos de los Estados de la Federación) (Art. 75).

Esos órganos actúan articuladamente con los sistemas de control contable, financiero, presupuestario, operacional y patrimonial de cada Poder u órgano autónomo de cada una de las respectivas entidades políticas (Art. 70) y actúan como cámaras técnicas para que las Casas legislativas puedan ejercitar con seguridad sus funciones de control político sobre esas cuentas (Art. 71).

X. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Como ocurre en todos órdenes jurídicos, la imposición de deberes sin responsabilizar a sus infractores carece de sentido y, por eso, el principio de la *responsabilidad* de los servidores

públicos de todos los rangos y de aquellos otros servidores de la administración indirecta que a ellos se asemejan, se multiplica en numerosos preceptos constitucionales y legales.

La *improbidad administrativa* es considerada una trasgresión tan grave del deber de responsabilidad que la propia Constitución prevé sus pesadas consecuencias: suspensión de los derechos políticos, pérdida de la función pública, indisponibilidad de los bienes del trasgresor y el resarcimiento al erario, en la forma y gradación previstas en ley, sin perjuicio de la acción penal que quepa (Art.37, § 4°).

También la Constitución Federal se anticipa a los Estatutos federales, estaduales y municipales de la función pública para bajar reglas nacionales sobre la pérdida de cargo, con la exigencia de que la responsabilidad del servidor sea depurada en proceso administrativo o judicial (Art. 41, § 1°, I y II).

Dado que el Derecho brasileño adopta *la teoría del estatuto* (Art. 37, I), que exige la creación de un *régimen legal* como *standard* para la función pública, como consecuencia, las Constituciones de los Estados, las Leyes Orgánicas Municipales y todos los Estatutos promulgados, sean federales, estaduales y municipales, contendrán normas específicas sobre jerarquía, disciplina y responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil de los servidores, siempre que sus actos constituyan crímenes o causen daños a la Hacienda Pública.

Finalmente, la responsabilidad del servidor público (y aquí la Constitución emplea la palabra *agente* para incluír los empleados de las empresas privadas prestadoras de servicios) por *daños causados a terceros*, en el desempeño regular de sus funciones, será *indirecta*, porque cabe directamente al Estado (o a la empresa prestadora de servicio) responder por la indemnización y el servidor solo será responsable regresivamente en casos de dolo o de culpa (Art. 37, § 6°).

XI. EL SERVICIO PÚBLICO Y LOS MERCADOS DE INTERÉS GENERAL (LIBERALIZACIÓN, PRIVATIZACIÓN Y REGULACIÓN) Y SU RÉGIMEN DE COMPETENCIA

La doctrina de los servicios públicos también es uno de los capítulos del Derecho administrativo brasileño que presentó impresionantes avances desde la vigencia de la Constitución de 1988, especialmente a partir de 1995, cuando se iniciaron los procesos políticos de liberalización, privatización y de regulación.

Dos tendencias universales están presentes en eses notables cambios en la actuación del Estado en el dominio de la economía: la primera, es el fortalecimiento del *régimen democrático* en todas las latitudes, valorizando el ciudadano y reposicionando el Estado como un instrumento de la sociedad –y no al revés; la segunda, es la premura de la *globalización de la economía*, que beneficia los mercados abiertos y pune los mercados cerrados.

La Constitución de 1988, en lo económico, nació anacrónica: era conservadora, estatalista y xenófoba. En el año de 1995 se inicia el proceso de actualización y de adaptación de importantes sectores de la economía a las nuevas condiciones globales y a la realidad de la competición interna y externa por mercados.

Eso se refleja, desde luego, en el ritmo de las reformas constitucionales: de 1988 hasta 1995 la Carta Política había recibido cuatro *enmiendas constitucionales,* pero solamente en ese año de transición fueron promulgadas nueve enmiendas, que renovarían el ultrapasado sistema econó-

mico brasileño, abriéndolo para la concurrencia en los mercados, para la atracción de las inversiones internacionales y para la disputa en la frentes tecnológicas; en suma, se pasaba a contar con una Constitución más liberal, más creyente en las potencialidades de la sociedad libre y más abierta a los intercambios mundiales de capitales, de bienes y de cerebros.

Concretamente, el proceso de modernización empieza con la Enmienda Constitucional nº 5, de 1995, que introdujo la flexibilización del monopolio de los Estados miembros para explotar el *gas canalizado*, autorizando la concesión de los servicios a empresas privadas, cuando antes apenas las estatales podrían prestar esos servicios.

Se siguió la Enmienda Constitucional nº 6, del mismo año, revocando la "definición" constitucional xenófoba original de *empresa brasileña*, reduciendo los tratamientos proteccionistas para empresas brasileñas de capital nacional y liberando la investigación mineral y la explotación minera a brasileños o empresas constituidas bajo las leyes brasileñas.

La Enmienda Constitucional nº 7, del mismo año, prosigue con la flexibilización de las reglas aplicables a los *transportes* aéreo, acuático y terrestre, eliminando otras cláusulas xenófobas.

La importante Enmienda Constitucional nº 8, del mismo año, quiebra el monopolio federal de las *telecomunicaciones* y abre campo para la implantación de un régimen competitivo entre prestadores de servicios.

Encierra el año de 1995 la Enmienda Constitucional nº 9, que flexibiliza el monopolio de *hidrocarburos* de la Unión en lo que se refiere a la prospección, a la explotación, al refino, a la importación y al trasporte.

Se retoma el proceso de privatización de empresas del Estado y, concomitantemente, de otorgamientos de concesiones para los servicios públicos federales, de los Estados y municipales.

Con la desaparición de las empresas estatales, que actuaban con poco o ningún control de sus respectivas entidades políticas matrices, se intensificó la necesidad de desarrollar nuevas técnicas de control de los *servicios públicos* concedidos, bien como de otros *servicios de interés general*.

La respuesta ha sido la introducción en el País, a partir del mismo año de 1995, del instituto de la *regulación* (Art. 174), por lo cual, con la *deslegalización de* determinados sectores económico o social críticos, se atribuyen a unas *entidades independientes* (que son *autarquías especiales,* en el caso de Brasil, que reciben la denominación de *agencias reguladoras* o, sencillamente, *agencias*) la misión de *ponderar* los intereses de los usuarios, de los prestadores y los del Estado, *negociar* lo máximo que posible con ellos y *aplicar decisiones abstractas o concretas* para lograr el justo equilibrio en cada sector.

Este movimiento hacia una mayor integración entre el sector público y el privado, con abundante empleo de institutos consensuales, sigue todavía en curso, con la reciente edición de la Ley nº 11.079, de 30 de diciembre de 2004, que instituye normas generales para licitación y contratación de *aparcerías público-privadas* en el ámbito de la administración pública.

Con ese nuevísimo instrumento de las aparcerías, las administraciones directas e indirectas pasan a contar con la posibilidad de asociarse a aparceros privados para la realización de obras y prestación de servicios de gran montante, a los cuales, en contrapartida, podrán ofrecer garantías que reduzcan o eliminen ciertos riesgos de las inversiones hechas.

Finalmente, la Constitución trata de forma detallada y severa la protección de la salud de los mercados por la preservación de la *libre competencia* entre los agentes económicos, elevándola a principio constitucional (Art. 170, IV) y por la represión del *abuso del poder económico*, que

vise la dominación de los mercados, la eliminación de la concurrencia y el aumento abusivo de ganancias (Art. 173, § 4°).

XII. LA FUNCIÓN PÚBLICA

Como ya se adelantó, el Derecho brasileño adopta la *teoría del estatuto* (Art. 37, I), o sea, exige la creación de un *régimen legal* para la función pública, y la Constitución federal imparte principios y reglas aplicables a todas las normas que disciplinan las relaciones entre los que ejercen funciones públicas y las personas jurídicas a que sirven.

Esas normas se distribuyen, en razón de la forma federativa de Estado, entre los estatutos federales, las Constituciones de los Estados, los estatutos de los Estados miembros, las Leyes Orgánicas Municipales y los respectivos estatutos municipales.

La Constitución de 1988 es muy analítica, rayando lo prolijo, lo que se puede constatar por los detalles con que trata la función pública, notadamente en el Título III –Organización del Estado, Capítulo VII –De la Administración Pública, específicamente en su Sección II –De los Servidores Públicos.

Entre los principales comandos nacionales para la función pública está la regla que garantiza la *accesibilidad* de los cargos, empleos y funciones públicas a todos los brasileños que cumplan los requisitos establecidos en ley, así como a los extranjeros, en la forma que sea prevista en ley propia(Art. 37, I).

Otra regla de igual importancia, consagra el *principio del mérito* para el ascenso a cargo o empleo público, haciendo depender la investidura de la aprobación en *concurso público* de pruebas o de pruebas y de títulos, de acuerdo con la complejidad del cargo o empleo, con excepción de los nombramientos para cargos y funciones de confianza (Art. 37, II).

Un punto extensamente detallado se refiere a la *remuneración* de los ocupantes de cargos, funciones y empleos públicos, diferenciando formas remuneratorias, estableciendo límites y disciplinando las acumulaciones remuneradas, entre otras previsiones (Art. 37, X a XVII).

La Sección específica dedicada a los servidores públicos obliga a las Administraciones Públicas de todos los niveles a crear *consejos de política de administración y remuneración del personal* (Art. 39, *caput*), a crear *escuelas de gobierno*, para la formación y perfeccionamiento de los servidores públicos (Art. 39, § 2°) y a aplicar recursos presupuestarios provenientes de los ahorros con los gastos corrientes en programas de calidad y productividad, entrenamiento y desarrollo, modernización y racionalización del servicio público, incluso bajo la forma de *remuneración adicional* o *premio de productividad* (Art. 39, § 7°).

La misma sección también dispone sobre la *seguridad social* específica de los servidores públicos, que pasarán al retiro remunerado 1) por invalidez; 2) obligatoriamente, a los setenta años de edad, y 3) voluntariamente, bajo condiciones combinadas de tiempo de ejercicio en el servicio público y tiempo de contribuciones a los respectivos sistemas de seguridad (Art. 40, §1°), no siendo posible que la remuneración del servidor retirado ultrapase la que recibía en actividad (Art. 40, §2°).

Todos los servidores públicos estatutarios, nombrados para *cargos de proveimiento en carácter efectivo*, en virtud de concurso público, serán *estables* con tres años de ejercicio (Art. 41, *caput*), después de evaluados por una comisión instituida para esa finalidad (Art. 41, §4°), y

solamente lo perderán 1) en virtud de sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, 2) mediante proceso administrativo en que sea asegurado amplia defensa, o 3) mediante procedimiento de evaluación periódica de desempeño, en la forma prescrita por ley complementaria a la Constitución y asegurada la amplia defensa (Art. 41, §1°, I, II y III).

Invalidada la pérdida del cargo por decisión judicial, el servidor será reintegrado con todos sus derechos (Art. 41, §2°).

Los *militares* (Art. 42, para los militares de los Estados, y 142, para los militares federales), la *magistratura* (Art. 93), el *ministerio público* (Art. 128), la *abogacía pública* (Art. 131 y 132) y la *defensoría pública* (Art. 134), se someten a reglas constitucionales específicas para cada una de esas carreras, que deberán ser observadas por sus respectivos estatutos federales o estaduales (recuérdese que los Municipios no poseen las carreras arriba nombradas).

XIII. EL URBANISMO, EL MEDIO AMBIENTE Y LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO.

En el Título VII de la Constitución brasileña de 1988, dedicado al *Orden Económico y Financiero,* el Capítulo II trata de la *política urbana* y el Capítulo III, trata de la política agrícola, latifundista y de la reforma agraria.

El Título VIII de la Constitución brasileña de 1988, dedicado al *Orden Social,* contiene ocho capítulos temáticos que tratan de 1) disposiciones generales, 2) seguridad social, 3) educación cultura y deportes, 4) ciencia y tecnología, 5) comunicación social, 6) *medio ambiente*, 7) familia, infancia, juventud y ancianidad y 8) indios.

Así ubicados los temas –*urbanismo* y *medio ambiente*– en la Carta Política, es necesario que se hagan algunas aclaraciones sobre el *territorio*.

El espacio físico bajo la soberanía nacional constituye el *territorio* –terrestre, hídrico y aéreo– repartido jurídicamente entre la Unión y los Estados miembros.

La Unión se reserva el dominio sobre algunas tierras bajo su dominio (Art. 20, II, IV, VII y XI) así como ciertas partes destacadas, como los recursos de la plataforma continental, los recursos minerales, las cavidades naturales subterráneas y los sitios arqueológicos y prehistóricos (Art. 20, V, IX y X), algunos ríos, lagos, el mar territorial, los potenciales de energía hidráulica (Art. III, VI y VIII) y el espacio aéreo que sea limitado (Art. 49, V).

Los Estados federados ejercen su dominio sobre todas las tierras y aguas que no se sometan explícitamente al dominio de la Unión (Art. 26).

Los Municipios no poseen territorio propio, sino que ejercen su dominio sobre las circunscripciones territoriales que les fueren adscritas en el territorio de los Estados a que pertenezcan, pero les compete la importante función de *ordenar el desarrollo urbano* (Art. 182), obedecidas las *directrices* dictadas por la Unión, en especial sobre habitación, saneamiento básico y transportes urbanos (Art. 21, XX), y las *directrices* que dicten los Estados miembros a que pertenezcan (Art. 25, § 1° y 24, I).

La *ordenación general del territorio nacional y de sus regiones* es, todavía, competencia de la Unión, a quién compete elaborar y ejecutar los planes nacionales y regionales de ordenación territorial (Art. 21, IX), lo que se complementa con las atribuciones afines de instituir el sistema

nacional de gerencia de recursos hídricos y de definir criterios de otorgamiento de derechos de su uso (Art. 21, XIX).

Específicamente, el *urbanismo* recibe una triple orden de competencias: la Unión legisla concurrentemente a nivel de normas generales (Art. 24, I) y privativamente sobre las sanciones constitucionalmente previstas para la no utilización o subutilización de inmueble urbano (Art. 182, §4°); el Estado legisla concurrentemente a nivel de normas específicas, y los Municipios elaboran sus directrices para sus propias ciudades con el fin de ordenar el pleno desarrollo de sus funciones sociales y garantizar el bienestar de sus habitantes (Art. 182).

El instrumento nacional que rige el urbanismo el la Ley n° 10.257, de 10 de julio de 2001, denominado *Estatuto de la Ciudad*, con cinco capítulos: directrices generales, instrumentos de política urbana (con doce secciones), el plan director, la gestión democrática de la ciudad y disposiciones generales.

El instrumento local que rige el urbanismo en cada ciudad es el *Plan Director,* obligatorio para las ciudades de más de veinte mil habitantes, que es el instrumento básico de la política de desarrollo urbano (Art. 182, §1°).

La Constitución disciplina también la *función social* de la propiedad urbana (Art. 182, §2°), la expropiación de inmuebles urbanos (Art. 182, § 3°) y la usucapión de pequeñas áreas urbanas, hasta doscientos cincuenta metros cuadrados (Art. 183).

El tema del *medio ambiente* también encuentra en la Constitución sus delineamientos básicos, lo que ha sido una novedad en los textos constitucionales de Brasil, desarrollado en un largo artículo, con seis párrafos (Art. 225).

Aunque criticable por algunos especialistas, lo cierto es que la innovación es una notable conquista ambientalista, por haber elevado al más alto nivel normativo ciertos principios y reglas consideradas de vanguardia para la protección del medio ambiente, una materia que, especialmente para un País de dimensiones continentales y de gran diversificación geográfica y climática, asume innegable importancia.

El dispositivo se inicia con una declaración de un principio corolario de la dignidad humana que es el *derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado*, por ser un bien de uso común del pueblo y esencial a una saludable calidad de vida, imponiendo al poder público y a la sociedad el deber de defenderlo y preservarlo para la presente y futuras generaciones (Art. 225).

Sigue un elenco de siete tipos de acciones prescritas para el Poder Público (Art. 225, § 1°): el principio de la recuperación, aplicable al explotador de recursos minerales (Art. 225, §2°); el principio de la responsabilidad patrimonial del agresor al medio ambiente (Art. 225, §3°); la declaración de ciertas áreas como patrimonio ecológico nacional (Art. 225, §4°); la indisponibilidad de las tierras necesarias a la protección de los ecosistemas naturales (Art. 225, §5°); y una prescripción especial sobre la ubicación de las fábricas que operen con reactor nuclear (Art. 225, §6°).

Los diplomas infraconstitucionales son, todavía, mas antiguos, remontando, el primer de ellos, al año de 1981, cuando fueran promulgadas las primeras normas sistematizadas de Derecho ambiental (Ley n° 6.938), aunque los códigos sectoriales, de florestas, caza, pesca y minería, hayan surgido todos a mediados de la década de los sesenta.

Importante es señalar que el Derecho procesal constitucional consagró dos importantes instrumentos especiales para la tutela ambiental: la *acción popular*, que puede ser promovida por cualquier ciudadano para anular actos lesivos, entre otros valores, al *medio ambiente* (Art. 5°, LXXIII, creada por la Ley n° 4.717/65) y, la más reciente, la *acción civil pública*, que puede ser

interpuesta por el Ministerio Público y otros interesados para la protección, entre otros valores, del *medio ambiente* (Art. 129, III, creada por la Ley nº 7.347/85).

XIV. LOS BIENES PÚBLICOS

Los *bienes públicos*, por tradición de las sucesivas Cartas Política republicanas de Brasil (que son, con la única excepción de la de 1937, Constituciones de una Republica Federativa), siempre han sido relacionados relativamente a la Unión y a los Estados miembros.

Así es que la Constitución de 1988 contiene un elenco de once categorías de bienes públicos de la Unión (Art. 20, I a XI) y de cuatro categorías de bienes públicos de los Estados (Art. 26, I a IV), no existiendo mención de los bienes públicos municipales, porque ninguna categoría les ha sido concedida con exclusividad.

Por su importancia económica se pueden subrayar algunos de los bienes reservados para la Unión, como, desde luego, la *riqueza hídrica*, formada por lagos, ríos y corrientes de agua en tierras de su dominio o que bañen más de un Estado, sirvan de límites con otros países o se extiendan a territorio extranjero o de este provengan (Art. 20, III); los *recursos naturales de la plataforma continental y de la zona económica exclusiva* (Art. 20, V, explicitados en la Ley nº 8.617/93); el *mar territorial* (Art. 20, VI, también reglado en la Ley 8.617/93); los *potenciales de energía hidráulica* (Art. 20, VIII) y los recursos minerales, incluyendo, los del subsuelo (Art. 20, IX, y el Código de Minas, Ley nº 9.314/96).

En cuanto a los Estados, la Constitución incluye entre sus bienes todas las aguas superficiales o subterráneas, fluyentes, emergentes o en depósito, excepto, en este último caso, y en la forma de la ley, las decurrentes de obras de la Unión, como canales, represas, reservatorios o pantanos, cisternas etc.

La *clasificación* tradicional de los bienes públicos, remontándonos al primer Código Civil Brasileño, de 1916, distingue tres categorías de esos bienes: los *bienes públicos de uso común*, que, como se indica, son de uso abierto a todos, como, por ejemplo, las calles, plazas, avenidas, carreteras y playas; los *bienes públicos de uso especial,* que se encuentran afectados al uso efectivo de las entidades públicas, como por ejemplo los edificios públicos, los cuarteles, los buques de guerra, etc.; y los *bienes públicos dominicales*, que son los bienes que, no estando afectados a ninguna utilidad pública, aguardan destinación.

Los bienes públicos son imprescriptibles e inalienables, salvo cuando pertenezcan a la categoría de bienes dominicales, como patrimonio inafectado de las entidades públicas, y son, por eso, considerados *bienes disponibles del patrimonio público.*

Sin embargo, esa *disponibilidad* de los bienes públicos, inclusive los cambios de naturaleza, de una categoría para la otra, obedecen a prescripciones legales específicas, siendo que la *alienación*, como disposición definitiva, depende de *proceso licitatorio*, precedido de evaluación, salvo en los casos excepcionalmente previstos en ley, como, por ejemplo, la donación, la dación en pagamiento o el aporte *in natura* para la constitución de capital de empresas de que el Estado haga parte (Art. 37, XXI).

Es preciso recordar que, paralelamente a la gestión financiera, la *gestión patrimonial* es objeto constitucional de específico control por parte de los Tribunal y Consejos de Cuentas del País (Art. 70, *caput*).

BREVES PALABRAS FINALES

El Derecho administrativo brasileño, cuya reseña se intentó esbozar, respetando el guión recibido, lo más terso que posible, dadas las limitaciones del tiempo y, más que eso, las del autor, pasa por momentos de intensos cambios, no solamente en su base legislada, lo que se refleja en los aspectos presentados, como y principalmente, en sus fundamentos dogmáticos.

Así es que ya se quedaran en el pasado algunas vetustas nociones, como la que suponía una Administración imperial y lejana de los administrados; la de una Administración hecha para súbditos en vez de servir a ciudadanos; la de un interes público casi místico, que prescindía de motivación para manifestar su inherente supremacía; la de un "poder" discrecional olímpico e incontrastable y la de otros tantos dogmas, casi creencias, que sorprendentemente han resistido a dos siglos de progreso humano en todas las otras ramas del conocimiento.

Los avances metodológicos que se han producido aceleradamente a partir de la segunda mitad del siglo veinte transformarían el viejo Derecho administrativo de los clásicos –un derecho del Estado y de prerrogativas estatales– en un *derecho común* del Estado y del individuo, concebido no para imponerse a la sociedad, sino para servirla.

Pero lo más maravilloso en esta evolución, que se podría denominar de *mutación*, es el resurgimiento de los *valores*, como instrumentos de los intérpretes y de los aplicadores y no sólo de los legisladores, porque, aunque en el Derecho no se contenga el arte de bien gobernar, en sus valores, seguramente, está su límite civilizado.

PEQUEÑA BIBLIOGRAFÍA

(Asuntos del guión)

ADILSON ABREU DALLARI Y SÉRGIO FERRAZ (Coordinadores y autores de obra colectiva), ***Estatuto da Cidade***, São Paulo, Editora Malheiros, 2002.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, ***Curso de Direito Administrativo***, Rio de Janeiro, Editora Forense, 14ª edición, 2005.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, ***Mutações do Direito Administrativo***, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2ª edición, 2001.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIA NETO, ***Direito Regulatório***,
Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003.

FABIO MEDINA OSORIO, ***Direito Administrativo Sancionador***, São Paulo, Editora RT, 2000.

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, ***Curso de Direito Administrativo***, São Paulo, Malheiros Editora, 7ª edición, 2004.

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, ***Direito Administrativo Contratual***, Rio de Janeiro, Editora Lúmen Júris, 2004.

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, ***Direito Administrativo da Economia***, Rio de Janeiro, Editora Lúmen Júris, 2003.

ODETE MEDAUAR, ***Direito Administrativo Moderno***, São Paulo, Editora RT, 6ª edición, 2002.

ODETE MEDAUAR, ***O Direito Administrativo em Evolução***, São Paulo, Editora RT, 2ª edición, 2003.

PANORAMA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CHILENO

DR. ALEJANDRO VERGARA BLANCO
Catedrático de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica de Chile

Contiene este trabajo una visión panorámica de la evolución y actual contenido de los temas fundamentales del Derecho Administrativo chileno, siguiendo ordenadamente la pauta concebida para esta colectánea hispanoamericana[1]. No nos detendremos en una exposición general del sistema o parte general de la disciplina, ni revisaremos la bibliografía comparada. Esta exposición es en lo posible sintética, mostrando la evolución legislativa, en su caso, jurisprudencial y doctrinaria, y la actual situación ante tales fuentes de los temas correspondientes. En algunos casos, por su relevancia, el desarrollo ha sido menos breve. Junto a estos desarrollos, en cada caso, se ofrece una referencia básica de la legislación y de la doctrina chilena atinente.

I. MODELO REGULATIVO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, BASE CONSTITUCIONAL. CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y FUENTES

1. Base constitucional del derecho Administrativo. En la Constitución de 1980, se destaca como principio jurídico y como fin de la acción administrativa, la necesidad de mejorar la calidad de vida de los habitantes de la República, a través de políticas, planes, programas y acciones de desarrollo social, cultural y económico, tanto a nivel nacional, regional y local; ello en un marco de acción estatal al servicio a la persona humana, con el fin de promover el bien común.

Así, a partir de la Constitución de 1980, podemos afirmar que un principio básico del Derecho Administrativo, que se ha visto alcanzado por los fines que la Constitución consagra para la acción estatal, es de carácter valorativo, consiste en la necesidad de una gestión al servicio de la persona humana y para la promoción del bien común. En efecto, la Constitución sujeta a la Administración a una serie de finalidades, principios estos contenidos, entre otros, en los artículos 1° incisos 4°, 5° y 19 N° 26.

a) La servicialidad y la persona humana. Dice la Constitución: "el Estado está al servicio de la persona humana y que su finalidad es promover el bien común, como asimismo son deberes del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la

[1] Texto elaborado para el *Coloquio sobre Derecho Administrativo Iberoamericano* (Universidad de Alicante, Alicante, octubre 2004), organizado por el profesor Santiago González-Varas Ibáñez. Consigno mi admiración por la obra del profesor González-Varas, dentro de la cual cabe esta iniciativa bajo su dirección, y mi agradecimiento por sus atenciones y desvelos en Alicante. Para su redacción se ha seguido el "guión" propuesto por el equipo coordinador.

Nación y asegurar a las personas el derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional" (artículo 1° incisos 4 y 5)[2],

b) Principio democrático. Precisa el texto constitucional que "la soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza a través del plebiscito y elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece" (artículo 5° Constitución),

c) Garantías constitucionales y esencia de los derechos. En el listado de derechos fundamentales que el constituyente estimó necesario cautelar cerrando con la siguiente prescripción: *"La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio"* (artículo 19 N° 26 Constitución).

Las consecuencias prácticas de esta constitucionalización, se traducen en los siguientes principios de la actuación administrativa:

i) enmarcar el accionar de toda la administración nacional en función del servicio a la persona humana, funcionalidad que implica sancionar como ilícita no sólo la actividad ilegal, sino también aquella que sea arbitraria, o voluntarista de un ente público, y que no persiga tales fines,

ii) propender a la promoción del bien común, lo cual habilita al particular para tener acceso a la información administrativa, otrora reservada para los funcionarios públicos; y

iii) exigir a todos los órganos del Estado el respeto a la legalidad en los términos establecidos en los artículos 6° y 7° de la Constitución[3], en que se consagra el principio de juridicidad.

2. Principio de juridicidad. Mención especial cabe realizar sobre el principio de juridicidad, pues en lo que respecta a la *organización* administrativa, bajo cuyo manto se cubre a la Administración Pública en todos sus aspectos: *(i)* todo servicio público cualquiera sea su naturaleza, requiere ser creado por ley; *(ii)* las funciones de estos servicios deben ser determinadas por ley; *(iii)* su dotación de cargos permanentes, la planta de servicio, debe ser fijada por ley; *(iv)* las atribuciones de estos cargos, deben igualmente establecerse por ley; y *(v)* las remuneraciones de los cargos públicos también han de ser fijadas por ley.

En cuanto a la *actuación* administrativa, su validez se ve condicionada a la concurrencia de tres requisitos:

i) la existencia de una previa investidura regular de sus integrantes, es decir, que accedan a sus cargos a través de elección o nombramiento,

[2] La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución estimó necesario *"establecer en el artículo 1° los valores con los cuales la sociedad chilena se siente identificada"* es más el Tribunal Constitucional destacó en su fallo rol N° 53 de 1988 que *"el artículo 1° de la Carta Fundamental constituye uno de los artículos mas fundamentales en que se basa la institucionalidad, ya que por su profundo y rico contenido doctrinario, refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional"*.

[3] **Art. 6°**. *Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella./ Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo./ La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.*

Art. 7°. *Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba ley. /Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. /Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.*

ii) a la competencia, esto es, que la actuación de que se trate se encuadre dentro de las atribuciones asignadas por ley; y,

iii) que se ejerza en la forma prescrita por la ley, es decir, debe ajustarse tanto exigencias de formación del acto, como las de carácter externo o solemnidades.

3. Organización administrativa. Desde un punto de vista orgánico, la "Administración Pública" es un "conjunto de autoridades y servicios públicos" y, como actividad, desde un punto de vista material, es "aquella función del Estado orientada a prestar servicios y a promover el desarrollo sustentable de la nación, de la región o de la comuna, según se desprende del contexto de nuestra Constitución Política"[4].

La Constitución dispone en su artículo 24° que "el gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado". Acto seguido, el artículo 33 de la Constitución indica a los Ministros de Estado como "colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República en el gobierno y administración del Estado", y los ministerios de los cuales ellos son titulares son los órganos entre los cuales se distribuye sectorialmente la competencia administrativa atribuida de un modo general al Presidente de la República. A ellos les corresponde el estudio y la proposición de las políticas, planes, programas y proyectos relacionados con la materia de su respectivo sector competencial y también la elaboración de las normas destinadas a asegurar su cumplimiento.

En síntesis la Administración del Estado ha de estar, pues, estructurada, en nuestro ordenamiento, bajo la autoridad superior del Presidente de la República, con el cual se relacionarán todos los órganos administrativos, por intermedio del respectivo ministerio, ya por la jerarquía, si son servicios dependientes, ya por la supervigilancia, si la ley les da autonomía.

Excepcionalmente, como veremos *infra*, la Contraloría General de la República, a pesar de ser un órgano de la Administración del Estado, escapa de la órbita administrativa presidencial, pues el Presidente no puede ni dirigirla, ni mandarla, ni dictarle normas obligatorias, ni responsabilizar disciplinariamente a su personal, ni revisarle sus actos (sólo con limitaciones, puede insistir en decretos y resoluciones objetadas por el Contralor). A su vez tampoco es posible ubicar a la Contraloría bajo la tutela o supervigilancia presidencial, pues ningún poder de esta especie, se prevé sobre el órgano de control. La razón, está en que ha sido establecido como un organismo autónomo[5], conforme lo define el artículo 87 de la Constitución y por tanto se rige por ésta última y su propia Ley Orgánica.

Dada la analizada regulación constitucional, es que se ha señalado por la doctrina nacional, con razón, que se ha producido una "constitucionalización" de la Administración Pública.

4. Perspectiva y prospectivas de la Administración. Este modelo de Administración es tributario en esencia del Gobierno Militar que rigió desde 1973 a 1990, lo que quedó plasmado en la Constitución de 1980 y, en especial, en la Ley N° 18.575, de 1986.

[4] Este es concepto contenido en el art. 3° de la Ley N° 18.575, de 1986, *Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.*

[5] Esta misma naturaleza tiene el Banco Central, según lo declara el artículo 97 de la Constitución Política de 1980. Sus funciones propias de la administración activa o ejecutiva son las indicadas en el artículo 13 de su ley orgánica (Ley N° 18.840), esto es "propender al desarrollo ordenado y progresivo de la economía nacional, mediante las políticas monetarias, crediticia, de mercado de capitales, de comercio exterior y cambios internacionales, del ahorro y demás que le sean encomendadas por la ley"

En la década de los noventa, los gobiernos siguientes, intentan modernizar la administración chilena[6]:

a) Para el período 1990-1994 se elaboró en 1989 el "Programa de Gobierno Concertación de Partidos por la Democracia", teniendo como objeto fundamental, la democratización del aparato estatal y la descentralización de la Administración del Estado. El año 1994 se crea el Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública, para dar impulso a un ámbito hasta entonces olvidado: la "gestión".

b) Con el segundo gobierno de la Concertación se dictan nuevas bases programáticas llamadas "Un Gobierno para los Nuevos Tiempos" (1995-1999) a través de las cuales se hace énfasis en la necesidad de modernizar el aparato público.

c) Finalmente el actual gobierno de Ricardo Lagos Escobar (1999-2005), reemplazó el Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública por el "Proyecto de Reforma y Modernización del Estado, bajo la tutela de la División de Modernización del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

Los resultados son bastante disímiles: algunas leyes importantes se han dictado; otras esperan su lento trámite parlamentario...En efecto, estos últimos gobiernos han impulsado la dictación de importantes leyes administrativas, de las que se dará cuenta *infra*; entre ellas, por ejemplo, las leyes sobre bases de los procedimientos administrativos, y de contratos de suministro, las que le han dado aires de cambio a la escena quieta de nuestro Derecho Administrativo[7]. Otras leyes, como la creación de los Tribunales de lo contencioso administrativo, esperan, lentamente, la flojera legislativa y gubernamental.

TEXTOS NORMATIVOS FUNDAMENTALES:

Constitución Política del Estado, arts. 1° (incisos 4 y 5), 5, 6°, 7°, 19N° 26, 24, 33, 87.

Ley N° 18.575, de 1986, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA:

CALDERA DELGADO, Hugo, "Principios fundamentales y técnicos de los órganos públicos que intregran la Administración del Estado", *Revista de Derecho Público* N° 41/42, 1987, p.165

[6] En este sentido se puede citar un fragmento del Mensaje Presidencial de Patricio Aylwin, al comienzo de la legislatura ordinaria del Congreso Nacional el 21 de mayo de 1993: "Tengo la convicción que la Administración Pública chilena es honesta y proba. Podrá tildársela de lenta, engorrosa, tramitadora a veces y aún, en muchos casos, ineficiente; pero no de falta de honradez...Es indudable que el aparato administrativo del Estado chileno requiere una modernización, para ponerlo más a tono con las necesidades y urgencias del mundo contemporáneo y hacerlo más ágil, capaz, responsable y eficiente...Desburocratizar no es sólo disminuir funcionarios, que en muchos casos son menos de los que se requieren. Es necesario, sobre todo, agilizar la función pública, dignificar, estimular el mérito y la iniciativa, agilizar los procedimientos y establecer parámetros estrictos de responsabilidad". Citado por RAMÍREZ ALUJAS, Álvaro, en: "Modernización de la Gestión Pública. El caso chileno (1994-2000)", Universidad de Chile, 2001, p. 13.

[7] Una panorámica de las leyes administrativas chilenas, vid. en nuestros: *Código Administrativo General* (Santiago, LexisNexis, 2005) y *Código Administrativo Económico* (Santiago, LexisNexis, 2005).

DANIEL ARGANDOÑA, Manuel, *La Organización Administrativa en Chile. Bases fundamentales*, (Editorial Jurídica de Chile, segunda edición actualizada, 1985).167 pp.

OELCKERS CAMUS, Osvaldo. "Nuevos roles de la administración pública y su regulación por el derecho administrativo", en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XI, 1984, pp. 471-477.

PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *Manual de Derecho Administrativo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996).111 p.

PANTOJA BAUZÁ, Rolando, "El concepto del Derecho Administrativo en el Derecho Chileno", en *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile) N° 64, 2002, p. 189.

RAMÍREZ ALUJAS, Alvaro Vicente, *Modernización de la gestión pública. El caso chileno (1994-2000)*, (Universidad de Chile, 2001). 51 pp.

SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1962) Tomo II, 323 pp.

SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996) 2 tomos, 359 y 480 pp.

II. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

1. Gobierno y Administración del Estado. La función administrativa del Estado está radicada en el Presidente de la República (artículo 24 Constitución). A él le corresponde el "gobierno y la administración del Estado", extendiéndose su autoridad "a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes". A su vez el artículo 38 inciso 1° de la Constitución se encarga de señalar que la función administrativa la realiza el órgano "Presidente de la República", cuya organización básica es materia de ley orgánica constitucional.

En relación con lo anterior el artículo 62 inciso 4 N° 2 de la Constitución, referente a la formación de la ley (párrafo 8, capítulo V: Congreso Nacional) al establecer la iniciativa para legislar de órganos con facultades legislativas, dispone que corresponde al Presidente de la República "la iniciativa exclusiva para (...) Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos, de las empresas del Estado o municipalidades; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones".

2. Centralización, descentralización y desconcentración. La Constitución ha establecido en el Capítulo I "Bases de la Institucionalidad", artículo 3°, dos principios que constituyen una atenuación al principio jurídico organizativo de centralización: la descentralización y la desconcentración.

Además, en el capítulo XIII, la Constitución establece las normas fundamentales sobre el "Gobierno y Administración Interior del Estado"; señalando que para este efecto el territorio de la República se divide en Regiones y éstas en Provincias, las que a su vez se dividirán en Comunas. Dispone además la Constitución que la administración comunal reside en la Municipalidad.

La regionalización en nuestro país se ha planteado como un sistema de organización administrativa descentralizada, que tiene por objeto permitir el desarrollo armónico de Chile dentro de las distintas realidades regionales existentes. Los primeros ejemplos de esfuerzos regionalizadores a nivel nacional lo constituyen la división territorial, el establecimiento de secretarías regionales ministeriales, la creación de consejos regionales, la creación del Fondo Nacional de Desarrollo Regional, la dictación del D.L. 1.289 Orgánico de Municipalidades, todos entre los años 1980 y

1990. Luego en 1991, con la reforma constitucional efectuada por la Ley N° 19.097 y, luego, la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración regional, ley N° 19.175, se producirá un enorme avance en este proceso de regionalización, acercándonos a un sistema de organización parcialmente descentralizado en el nivel regional y a uno descentralizado en los niveles locales.

3. Bases Generales de la Administración del Estado. La regulación sustancial de la Administración del Estado, está contenida en la Ley N° 18.575, de 1986, *Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*. El título I de esta ley (Normas Generales, arts. 1 a 17) consagra una serie de principios jurídicos aplicables a toda la Administración del Estado, la cual está conformada por los organismos que señala su art. 1°. Ellos son: Ministerios, Intendencias, Gobernaciones, órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, Municipalidades y Empresas Públicas creadas por ley. A estos últimos órganos, es decir, la Contraloría General de la República y los siguientes enumerados, no se le aplican las normas del Título II de la Ley N° 18.575 y se rigen por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda.

De los órganos mencionados y que dicen directa relación con el proceso de regionalización descrito en párrafos anteriores merecen especial mención las Intendencias y las Municipalidades.

a) Las Intendencias. Constituyen el "gobierno" de cada región. Su máxima autoridad es el Intendente, que a su vez es funcionario de exclusiva confianza del Presidente de la República y su agente natural e inmediato en la región. Por tanto cumple el intendente una doble función: gobernar la Región conforme a su calidad referida, y ser órgano de la administración superior de dicha Región. Tiene su sede en la ciudad capital de la respectiva región y entre sus principales atribuciones se cuentan: –adquirir, administrar y disponer de los bienes y recursos de la Intendencia, –disponer y fiscalizar obras que se ejecuten con cargo a su presupuesto, –aprobar planes reguladores, –aplicar tributos a actividades o bienes que tengan clara identificación regional. Para el ejercicio de estas funciones goza de personalidad de derecho público.

b) Las Municipalidades. Constituyen personas jurídicas de derecho público que se encuentran funcional y territorialmente descentralizadas de la Administración[8]. Están constituidas por el Alcalde, que es su máxima autoridad, por el Concejo[9] y cuentan además con un Consejo Económico y Social comunal de carácter consultivo[10]. Destacan entre sus funciones privativas por ejemplo: *(i)* aplicar disposiciones sobre transporte y tránsito públicos en la comuna, conforme a las leyes y a las normas técnicas dadas por el Ministerio respectivo, *(ii)* aplicar disposiciones

[8] El artículo 107 de la Constitución en sus incisos 1° y 2° y el artículo 1° de la Ley N° 18.695 definen las Municipalidades como "corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas".

[9] Este Concejo es de carácter normativo, resolutivo y fiscalizador, encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local y de ejercer las atribuciones que le indica la ley. El número de concejales es conforme al número de electores de cada comuna. Su elección se realiza por votación directa, conforme un sistema de representación proporcional (Ver art. 62 Ley N° 18.695) .

[10] El Consejo Económico y Social Comunal, está compuesto por representantes de la comunidad local organizada y es un órgano de consulta de la Municipalidad.

sobre construcción y urbanización, conforme a las leyes y a las normas técnicas dadas por el Ministerio respectivo, *(iii)* planificación y regulación urbana de la comuna y confección del plan regulador, de acuerdo a las leyes vigentes, *(iv)* aseo y ornato, *(v)* promoción del desarrollo comunitario y *(vi)* la elaboración, aprobación y modificación del plan de desarrollo comunal.

TEXTOS NORMATIVOS FUNDAMENTALES

Constitución Política del Estado, arts. 3°, 24, 38 (inciso 1°), 62, 107 (inciso 1).

Ley N° 18.575, de 1986, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Ley N° 18.685, de 1988, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Reformada por Ley N° 19.130, Diario Oficial del 19 de marzo de 1992.

Ley 19.175 de 1993, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA:

CEA EGAÑA, José Luis, "Hacia el estado regional en Chile", en *Revista Chilena de Derecho* Vol. 24 N° 2, mayo-agosto de 1997, pp. 337-351.

CEA EGAÑA, José Luis, "Contribución al estudio de la ley orgánica sobre la Administración del Estado", *Revista Chilena de Derecho,* Vol. 10, 1983, pp. 639-647.

DANIEL ARGANDOÑA, Manuel, *La organización administrativa en Chile. Bases fundamentales.* (Editorial Jurídica de Chile, 2da. edición, Santiago, 1985).

OELCKERS CAMUS, Osvaldo,"Descentralización administrativa y regionalización", en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24 N° 2 (1997), pp. 353-367.

SOTO KLOSS, Eduardo,"La desconcentración en el derecho administrativo chileno", en: *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, N° 51/52 (1992), pp. 103-125.

SOTO KLOSS, Eduardo. "La organización de la administración del Estado un complejo de personas jurídicas", en: *Gaceta Jurídica* N° 73 (1986), pp.18-23.

VERGARA BLANCO, Alejandro: "Marco jurídico de la descentralización administrativa", en: *Revista Chilena de Derecho,* XVIII, N° 3 (Santiago, 1991) pp. 411-449.

VERGARA BLANCO, Alejandro: "Reforma constitucional y descentralización administrativa", en: *Revista Chilena de Derecho,* XVIII, N° 2 (Santiago, 1991) pp. 339-344 (discurso en el Senado).

III. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. La forma de los actos administrativos en el derecho legal chileno. El 29 de mayo de 2003 fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 19.880 de *Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de la Administración Pública.* Esta ley era objeto de antigua aspiración y necesidad las que se arrastraban desde hace muchos años. De hecho, desde 1992 descansaba en el Congreso un proyecto de ley.

El antecedente mediato de esta ley es un Anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo redactado por la Comisión Nacional de Reforma Administrativa (CONARA), que trabajó sostenidamente en el tema entre los años 1974 a 1980[11].

En todo caso, existían en Chile disposiciones constitucionales, legales y abundante jurisprudencia de la Contraloría general de la República sobre la materia, pero se carecía de un cuerpo sistemático.

a) El procedimiento administrativo en la Constitución. Entre otros, en el artículo 7°, a propósito del principio de juridicidad, se hace expresa mención respecto de la "forma" como uno de los requisitos a que debe ajustar su actuación todo órgano del Estado; también hay referencia al procedimiento en el artículo 19 N° 13 inciso 5° de la Constitución, al establecer el principio del debido proceso; y, finalmente el artículo 60 N° 18 establece que el procedimiento administrativo es una de aquellas materias que deben quedar reservadas al tratamiento exclusivo del legislador.

b) El procedimiento administrativo en la Ley de Bases de la Administración del Estado. En la Ley N° 18.575, de Bases de la Administración se contienen diversas normas relativas al procedimiento administrativo, las que no han perdido su vigencia con la dictación de la nueva Ley N° 19.888 de 2003. En efecto, en especial, se refiere esa Ley a la: (i) eficiencia administrativa: "procurar la simplificación y rapidez de los trámites" (art. 5 inc. 1°); (ii) al principio de la coordinación administrativa (art. 5 inc. 2°); (iii) al principio inquisitivo (art. 8 inc. 1°); (iv) expresamente señala que "los procedimientos administrativos deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que los que establezcan las leyes y reglamentos" (art. 8 inc. 2°); (v) en fin, a los recursos (impugnibilidad de los actos administrativos): reposición y jerárquico (art. 9). Esta nueva ley N° 19.880 viene a complementar tales normas.

c) La nueva ley de procedimiento administrativo. La Ley N° 19.880 establece, mediante una técnica legislativa de supletoriedad, un procedimiento básico para todos los órganos administrativos, para todas las categorías de actos que puedan afectar a los ciudadanos en su relación con los particulares. Cuenta con cinco capítulos que se estructuran así:

i) capítulo I, "Disposiciones generales", en que fija conceptos y principios que inspiran al procedimiento administrativo[12];

ii) capítulo II, "El Procedimiento Administrativo", en que lo define[13], como asimismo establece quienes intervienen en él, las reglas relativas a los plazos y el procedimiento mismo;

iii) capítulo III, "De la publicidad y ejecutividad de los actos administrativos", establece la obligación de publicar todo acto administrativo en el Diario Oficial, y su no retroactividad por regla general;

[11] El resultado de este trabajo de CONARA está en su: *Informe Final: Seminario nacional sobre procedimientos administrativos* (Tomo I) e *Informe sobre procedimientos administrativos. Comisión Nacional de la Reforma Administrativa* (Tomo II), Santiago, Chile. 1980. Cabe destacar que en este trabajo participó como consultor el Catedrático de Derecho Administrativo español, Profesor Francisco González Navarro, quien fue precursor en muchas ideas y desarrollos en la materia. Desde estas páginas le brindamos un merecido recuerdo y homenaje.

[12] Los principios que consagra esta ley son la escrituración, la gratuidad, la celeridad, la economía procedimental, el principio de contrariedad, de imparcialidad, de abstención, de la no formalización y de la inexcusabilidad, impugnabilidad y de la transparencia y publicidad. Ver artículos 5 al 16.

[13] Define la ley N° 19.880 el procedimiento administrativo en su artículo 18 inciso 1° en los siguientes términos: *"Es una sucesión de actos trámites vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal"*. Agrega en su inciso 2° *"El procedimiento administrativo consta de las siguientes etapas: iniciación, instrucción y finalización"*.

iv) capítulo IV, "Revisión de los actos administrativos", consagra distintos recursos en sede administrativa; y, en fin,

v) capítulo V, unas "Disposiciones Finales" en que se establece la técnica del silencio administrativo, positivo y negativo.

2. Lineamientos básicos y aportes de la nueva ley de procedimiento. Son materias básicas de esta ley las siguientes:

a) El hecho que solo un procedimiento puede *conducir jurídicamente a la dictación de un acto*, y asegurar al mismo tiempo que este sea legítimo, racional y razonable.

b) El procedimiento es *garantía formal de los derechos de los ciudadanos*, ya que el concepto del debido proceso no agota su aplicabilidad en sede judicial, sino que su eficacia también se extiende ante la Administración.

c) El procedimiento es un mecanismo de *ordenación de la actividad administrativa*, es decir, de una actuación uniforme de cada órgano de la administración pública, esto en la presente ley en comento se concreta a través de la exigencia de cumplimientos de plazos, de un expediente administrativo de tramitación, etc.

d) El procedimiento administrativo también sirve de base para la *composición de intereses*. Es así como esta nueva ley contempla por ejemplo etapas de audiencia previa a la iniciación del procedimiento (artículo 29), un periodo de información pública (art. 39) y publicidad obligatoria de actos administrativos generales (artículo 48 letra a).

Cabe destacar los dos siguientes aportes de esta nueva ley N° 19.880:

a) Por primera vez un texto con rango legal define el "acto administrativo". El artículo 3° inciso 2 señala *"Para efectos de esta ley, se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública"*. De este concepto, destaca Cordero Vega[14], se pueden extraer las siguientes conclusiones: 1° Para la ley N° 19.880, sólo existe acto administrativo cuando se decide; 2° El acto administrativo sólo puede abarcar decisiones de la Administración que se expresan o que deben expresarse por escrito; 3° El acto se concibe como una decisión formal; 4° Sólo dictan actos administrativos los órganos de la administración el Estado, y 5° El acto administrativo, constituye en si decisiones que justamente corresponden al ejercicio de potestades públicas.

b) Destacable además es que se legisla de un modo general sobre el "silencio administrativo". Con anterioridad el tema estaba más bien relegado a lo que la doctrina o jurisprudencia determinasen, salvo algunas excepciones consagradas en legislaciones de carácter especial[15]. En lo esencial la ley delineó: el concepto[16], los requisitos[17] y la clasificación de este silencio en positivo y negativo. Ahora sólo queda esperar el resultado práctico...

[14] CORDERO VEGA, Luis, *El Procedimiento Administrativo* (Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2003), pp. 50 y 51.

[15] Ver D.L. 1.289 de 1976, Orgánica de Municipalidades, art. 5° transitorio letra c] y Ley N° 18.695, art. 82.

[16] "Presunción o ficción legal por virtud de la cual, transcurrido cierto plazo sin resolver la administración, y producidas además determinadas circunstancias, se entenderá o podrá entenderse denegada u otorgada la petición o el recurso formulado por los particulares".

[17] (i) Debe haber una disposición expresa que prevea el silencio administrativo. (ii) Debe haber una solicitud dirigida a la administración. (iii) Debe existir una "inactividad" de la administración. (iv) En la práctica esta inactividad se traduce en una falta de servicio. Puede ser *material*, que se traduce en un no hacer de la Administración dentro del marco de su competencia ordinaria, o *formal* que es la pasividad de la Administración dentro de un procedimiento y que significa la no contestación a una petición. (v) La inactividad puede estar originada en: –causas estructurales, –orgánicas o –negligencia

3. Aplicación de la ley: supletoriedad. Lamentablemente la puesta en ejecución de esta ley no ha estado exenta de problemas, registrándose una cierta "resistencia" de la Administración Pública nacional para ajustarse a lo dispuesto por esta nueva normativa; esto, fundamentalmente en razón de su declarado carácter "supletorio", que se ha mal entendido por los órganos de la administración. Existe la tendencia a asumir que esta nota de supletoriedad se traduce en que la Ley no es aplicable toda vez que la ley regula para las distintas entidades públicas un procedimiento especial, por incompleto que sea. El sentido correcto de esta supletoriedad se traduce en que importa aplicar la ley 19.880 cuando sea necesario integrar un procedimiento en el cual falte algún aspecto de la regulación básica en la tramitación de un procedimiento administrativo en particular, como se explica en seguida.

El art. 1, inc. 1° LBPA, señala, bajo el subtítulo "procedimiento administrativo", PA, lo siguiente: *"La presente ley establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado. En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria"*. Por lo tanto, incorpora la ley dos técnicas normativas: la derogación tácita (mediante el establecimiento de "bases" regulatorias nuevas; y la supletoriedad.

Me detengo a analizar las dos interesantes técnicas legislativas que aplica este nueva ley, para lo lo cual cabe analizar, entonces, en relación al PA, qué significa: (i) una ley de "bases", cuyo efecto normativo, según se dirá, es la derogación tácita; y, (ii) la supletoriedad.

a) Sobre la derogación. Al respecto, la derogación (como efecto) cumple la función de salvar las antinomias (contradicciones entre dos preceptos vigentes), en especial el caso de la derogación tácita[18]. El Código Civil en su artículo 52 al respecto señala que: *"La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita./Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua. Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior"*. Agrega en su artículo 53 lo siguiente: *"La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley"*.

En la LBPA está presente la técnica de la derogación, en este caso tácita: y la derogación tácita se produce respecto: a) de todas las leyes pre-existentes, en aquellas partes en que no se entienden especiales (y, por ende aplicable la técnica de la supletoriedad), sino en aquellas partes en que contradicen los nuevos estándares "básicos" de todo PA; y b) de todos los reglamentos, de ejecución o autónomos, que a la fecha de la publicación de esta LBPA, regulan materias que: o quedan fuera de las bases de todo PA legítimo (como reflejo de la derogación tácita de las leyes que tales reglamentos ejecutaban); o que ahora son reguladas por la LBPA, en virtud de la supletoriedad.

En efecto, si la LBPA establece las "bases" regulatorias de todo PA, en aplicación del art. 60N°18 CP, cabe entender que, a partir de ahora, toda regulación que contradiga estas bases queda derogada tácitamente, salvo que rija la supletoriedad, por especialidad; pero en ningún caso podrá considerarse válida una regulación de PA que no es meramente especial de la general

por parte de la administración para dar cumplimiento a las obligaciones que son inherentes a su cargo. (vi) La inactividad debe darse durante un cierto lapso de tiempo. (vii) Debe existir la posibilidad de resolver para la administración.

[18] Vid. en general sobre derogación: VIDAL, Alvaro, "Las leyes modificatorias y la derogación de las leyes", en: V.V.A.A., *La técnica legislativa ante la elaboración de la ley* (Valparaíso, CEAL-UCV, 1998), pp. 237-288; y sobre antinomias, vid. pp. 265-267.

supletoria de la LBPA, sino que derechamente es contradictoria a los principios de certeza y seguridad que ahora se establecen.

El efecto derogatorio de una ley de bases surge, entonces, de esta premisa: la nueva regulación "básica", opera al mismo tiempo como un mínimo y un máximo legal. A partir de ahora todas layes han de cumplir los estándares fijados en la nueva LBPA, y:

1° Las leyes preexistentes que contienen regulaciones que contradicen los principios de certeza y seguridad que fijan estas bases a través de los estándares, se entienden derogadas tácitamente, derogación en la que arrastran a los reglamentos que las ejecutaban;

2° Las leyes pre-existentes que simplemente no contenían regulaciones relativas a los nuevos estándares, son "completadas" por la nueva ley (y su posible reglamento, que se dicte en el futuro). Si esas leyes contenían regulaciones relativas a los estándares (siempre que no contradigan sus principios: pues serán derogadas tácitamente), siguen rigiendo, por especialidad.

Esto se explica y complementa en seguida.

b) El criterio de la especialidad y la supletoriedad. En general, es el criterio de la especialidad el que determina la ley que prevalece en los casos de derogación tácita, y usualmente prima sobre el criterio estrictamente cronológico; pero siempre que se trate de normas generales y especiales las antinómicas. Pero la situación es distinta cuando ambas normas antinómicas son especiales.

En la LBPA, la técnica de la supletoriedad permite la aplicación general de la nueva regulación del PA, "completando", en todas las demás leyes pre-existentes, los estándares sobre PA que consagra ahora, la PA. Estas dos técnicas normativas son las que articulan la aplicación de todos los nuevos estándares que establece y regula la nueva LBPA. Y estos estándares operan, así de doble modo: (i) produciendo la derogación tácita de toda regulación preexistente sobre PA que pugne con los principios que establece la nueva LBPA; y, (ii) constituyendo un "complemento" normativo, por la vía de la supletoriedad, de todas las leyes preexistentes que no contengan los nuevos estándares de PA.

TEXTOS NORMATIVOS FUNDAMENTALES:

Constitución Política de 1980, arts. 7°, 19 N° 3 (inciso 5), 60 N° 18.

Ley N° 18.575, de 1986, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Ley 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de la Administración Pública, Diario Oficial de 29 de mayo de 2003.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA:

CORDERO VEGA, Luis, *El Procedimiento Administrativo* (Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2003). 227 p.

CORDERO VEGA, Luis, "Limitando la Ley de Procedimiento Administrativo. Una interpretación intolerable", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30 N° 3, 2003, pp. 549-552.

CORDERO VEGA, Luis, *Nuevo procedimiento administrativo chileno* (Documentos Universitarios, Universidad Andrés Bello, Editorial Biblioteca Americana, 2003), 88 pp.

CORDERO VEGA, Luis, *El Procedimiento Administrativo* (Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2003), 228 pp.

MONTT OYARZÚN, Santiago, "El procedimiento administrativo: Una tarea esencial aún pendiente para el Congreso", *Revista de Derecho Público*, N° 65, año 2003, pp. 18-33.

SOTO KLOSS, Eduardo, "Estado de derecho y procedimiento administrativo", *Revista de Derecho Público*, N° 28, año 1980, pp. 101-124.

SOTO KLOSS, Eduardo, "El procedimiento administrativo", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 79 N° 3, 1982, pp. 79-87.

VERGARA BLANCO, Alejandro: "Procedimientos administrativos especiales y supletoriedad de la ley de bases", en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32 N° 1 (2005).

VVAA: *Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos* (Conferencias Santo Tomás de Aquino, Universidad santo Tomás, Santiago, 2003) 234 pp.

IV. EL ACTO ADMINISTRATIVO

1. Definición legal de acto administrativo. Hasta la dictación de la Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de la Administración Pública, el acto administrativo no había sido objeto de tratamiento legal sistemático, lo cual no es menor si consideramos que este acto es el objeto sobre el cual descansa el procedimiento administrativo[19] Esta nueva normativa definió el acto administrativo como "*...las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública*"[20]. Luego, hay acto administrativo sólo en tanto implique decisiones, concebidas como formales, como una expresión de potestades públicas, emanadas de cualquier órgano de la Administración.

El antecedente directo de la definición contenida en la Ley N° 19.880, es el Decreto Supremo N° 26 de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fijó el reglamento que regula el secreto y reserva de los actos y documentos administrativos, y por el cual se restringía el concepto de acto administrativo a una declaración de voluntad vinculada a una potestad pública[21]. Los demás aspectos del acto administrativo, como son sus requisitos y sus efectos, fueron delineados en el tiempo por la doctrina y jurisprudencia nacionales.

2. Requisitos conformadores del acto administrativo. A grandes rasgos, lo constituyen su estricto apego a los principios de legalidad y legitimidad. El principio de legalidad administrativa, en razón de su relevancia, irradia todo el espectro jurídico y muy especialmente, el del derecho

[19] En este sentido el máximo tribunal de nuestro país la Corte Suprema ha señalado "*la Administración Pública actúa por medio de actos administrativos, y para que éstos alcancen su real efecto y proyección, es necesario que tales acto emanen de autoridad responsable, que se concreten en un contenido bien determinado y que se les dé a conocer debidamente, pues sólo así resultarían obligatorios y permitirían ser cumplidos y acatados*". Corte Suprema, sentencia en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. LXXIX (1982), N° 3, sección 5ª.

[20] Artículo 3° inciso 2 de la Ley N° 19.880.

[21] Otras posturas a nivel nacional han sido considerar el acto administrativo como sinónimo de actividad de la Administración, ver PANTOJA B., Rolando, *Concepto de Acto Administrativo*, Editorial Jurídica de Chile, 1960, o como una declaración de contenido variado, ver CALDERA DELGADO, Hugo, *El Acto Administrativo, legalidad, efectos, impugnación* (Editorial Jurídica de Chile), 1981.

público. Así lo entendió tras su consagración en el artículo 6° de la Constitución[22], con lo cual de paso resguardó la vigencia real de los derechos individuales, últimos que sin este principio tendrían sólo un mero valor semántico. Por otro lado la legitimidad administrativa, ha sido perfilada como el fundamento político que sirve de base a la autoridad llamada a ejercer las potestades públicas. En otras palabras, será "legítima" b la autoridad cuya investidura derive del ordenamiento constitucional, a condición que su instalación en el poder se haya verificado en conformidad con los requisitos y el procedimiento preestablecidos en aquél, así se desprende del artículo 7° de la Constitución que dispone en su inciso 1°: "*Los órganos del Estado actúan validamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley*".

3. Efectos del acto administrativo. Al respecto, la doctrina nacional ha identificado los siguientes: (i) la presunción de validez, (ii) la imperatividad, (iii) la irretroactividad, (iv) la ejecutoriedad, (v) la estabilidad; y (vi) la impugnabilidad. Los primeros cinco se caracterizan porque siempre se producen mientras que el último es eventual o potencial.

i) La presunción de validez, es una consecuencia práctica del supra-principio de legalidad administrativa, establecido por cierto a favor de la Administración y configurado como una especie de fuero administrativo y jurisdiccional del acto administrativo. En otras palabras, reviste al acto de una regularidad jurídica, admitiendo prueba en contrario, es decir, permitiendo su impugnación.

ii) La imperatividad del acto administrativo, es una consecuencia del ejercicio de la soberanía, ejercida por la Administración en conformidad a lo dispuesto en la Constitución y las leyes[23]. Consecuentemente el acto administrativo es imperativo a condición de que esté relacionado o fundamentado en una norma de derecho público, en atención a que esa norma de derecho público, base del acto administrativo, es una expresión de la soberanía, al igual que el acto que la pone en actividad.

iii) La irretroactividad del acto administrativo, guarda en si un aspecto "garantístico" de protección a los particulares, esto, fundamentalmente si consideramos que a través del acto administrativo se imparten órdenes, cuyo contenido, de ordinario, será el poner cargas o limitaciones a la actividad de los administrados.

iv) La ejecutoriedad es consecuencia de la imperatividad. Esta se entiende como una propiedad del acto administrativo, en virtud de la cual se cumplen las órdenes expresadas en él[24]. Su fundamento directo lo encontramos en el artículo 6° de la Constitución de 1980, que señala: "Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo". Su aspecto relevante es que le permite a la Administración adoptar medidas como, imposición de multas, hacer ejecutar un acto por cuenta y cargo del administrado, etc., sin necesitar la intervención de ningún órgano ajeno a ella.

v) La estabilidad del acto administrativo, dice relación con la persistencia de los efectos de este, como elemento indispensable para la seguridad jurídica. Por cierto que no está concebido como un elemento absoluto, pues las condiciones que generaron el acto pueden variar en el tiempo, luego por esto es que la administración está dotada de la potestad revocatoria, como

[22] Artículo transcrito *supra* nota 4.

[23] Ver artículo s 1° inciso 4, 6° inciso 1, 7° y 32 N° 8 de la Constitución.

[24] CALDERA DELGADO, Hugo, *El acto administrativo, legalidad efectos e impugnación*, cit., p. 72.

facultad discrecional. A nivel de nuestra legislación nacional esté efecto está consagrado en el inciso 3° del N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política del Estado.

vi) Finalmente la impugnabilidad de los actos administrativos, puede realizarse ante la propia Administración, esto es, por vía administrativa, a través de los denominados recursos administrativos o bien por vía jurisdiccional, ante los tribunales ordinarios de justicia. Es importante señalar que en esta materia la nueva Ley N° 19.880, distingue entre actos terminales y actos trámites: (a) Los primeros ponen fin al procedimiento, al resolver la cuestión de fondo; y, (b) los segundos sirven como antecedente o requisito para la dictación del acto final. En cuanto a la impugnabilidad, resulta que los "actos trámites" sólo son suceptibles de ser impugnados cuando impliquen la imposibilidad de continuar con el procedimiento o produzcan indefensión[25].

TEXTOS NORMATIVOS FUNDAMENTALES:

Constitución Política de 1980 arts. 1° incisos 4, 6, 7°

Decreto Supremo N° 26, de 2001, Fija reglamento que regula el secreto y reserva de los actos y documentos administrativos.

Ley 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de la Administración Pública. Diario Oficial de 29 de mayo de 2003

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA:

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, "La extinción de los actos administrativos y la jurisprudencia reciente de los tribunales de justicia", en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XI, N°s 2/3, 1983, pp. 433-448.

CALDERA DELGADO, Hugo, *El acto administrativo, legalidad, efectos e impugnación* (Editorial Jurídica de Chile 1981). 185 p.

CORDERO VEGA, Luis, *El procedimiento administrativo* (Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2003). 228 pp.

JARA SCHNETTLER, Jaime, *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia* (Santiago, Editorial Libromar, 2004) 285 pp.

OELCKERS CAMUS, Osvaldo, "Suspensión de los efectos del acto administrativo por orden de no innovar en el contencioso administrativo", en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XX, 1993, pp. 763-768.

PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *Concepto de acto administrativo* (Editorial Jurídica de Chile, 1960), 192 pp.

SOTO KLOSS, Eduardo, "La noción de acto administrativo en el derecho chileno", en: *Revista de Derecho Público,* N° 60, 1996, pp. 86-97.

URZÚA RAMÍREZ, Carlos Fernando, *Requisitos del acto administrativo* (Editorial Jurídica de Chile, 1971).112 p.

[25] Artículo 15 inciso 2° la Ley N° 19.880

V. LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION

1. Definiciones y principios generales de la contratación administrativa. Los contratos en la Administración pública constituyen una importante herramienta por la cual satisface el interés público, con el fin de la ejecución de un servicio público, de la construcción de una obra pública o la adquisición de bienes o la prestación de servicios.

En estos contratos, a diferencia de lo que ocurre en materia civil donde el principio básico es la "igualdad contractual", opera el principio de la "desigualdad" entre las partes contratantes, lo que en la práctica se traduce en una subordinación del particular o cocontratante a las decisiones de la Administración. Además como estos contratos le es aplicable el Derecho Administrativo, la Administración goza de una serie de prerrogativas en razón de la finalidad pública del contrato.

Los principios que rigen esta contratación administrativa son:

i) principio de legalidad, que se traduce en la obligación que tiene la Administración de actuar conforme a lo que la ley señala (ver art. 1° del Reglamento de Contratos de Obra Pública(RCOP),

ii) principio de equilibrio financiero, que constituye una garantía para el co-contratante particular respecto de la mantención de condiciones pactadas en el acuerdo original con la Administración, dado que esta última puede modificar las condiciones originales en razón del interés público,

iii) principio de mutabilidad del contrato, del cual se deriva que la Administración puede introducir modificaciones en el objeto mismo del contrato, tendientes a asegurar una mejor realización del servicio público, o una mejor adaptación a sus fines. Indudablemente y en razón del principio de la seguridad jurídica se mantendrán inmutables los aspectos relativos al equilibrio económico y el fin mismo del contrato,

iv) principio de la colaboración, en virtud del cual la Administración considera al particular que contrata con ella, como un colaborador voluntario cuyos intereses no son totalmente opuestos y que coinciden en el interés de llevar adelante el contrato; y,

v) principio general de la ejecución de buena fe[26].

Las principales consecuencias jurídicas derivadas de tales principios, son las siguientes: a] la inalterabilidad de la oferta por parte de la Administración, b]la aceptación o rechazo en bloque de la oferta por parte del cocontratante, c] el ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de la Administración sobre el cocontratante, d] modificaciones unilaterales al contrato realizado por la Administración, e] posibilidad de poner término al contrato unilateralmente por la Administración, etc.

2. Contrato de obra pública. Es el más tradicional en la normativa chilena, y en su regulación se trasluce claramente el interés público, que explica, por ejemplo, la protección que se le da al cocontratante al ser éste un colaborador de la actividad administrativa. Por ejemplo el art. 34 del Reglamento de Contratos de Obra Pública (RCOP), Decreto Supremo N° 1340/65, del Ministerio de Obras Públicas, declara la inamovilidad del precio o valor convenido para los precios unitarios de las obras contratadas, pero señalando además las posibles bonificaciones o castigos que se otorgan al contratista en el caso de un aumento de jornales, materiales, gastos variables, derechos de aduana y leyes sociales.

[26] Conforme lo indica el artículo 1546 del Código Civil, *"Los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella"*, de lo cual se deriva un principio general de derecho.

3. Contratos de suministro y prestación de servicios. Una novedad en materia de contratación administrativa constituye la Ley Nº 19.886, *Sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios"*, conocida en la práctica como "Ley de Compras Públicas". Según el artículo 2º de esta Ley Nº 19.886: "*Para los efectos de esta ley se entenderá por contrato de suministro el que tiene por objeto la compra o el arrendamiento, incluso con opción de compra, de productos o bienes*".

En los hecho, toda la Administración, esto es, los órganos y servicios indicados en el artículo 1º de la Ley Nº 18.575 de Bases de la Administración del Estado, salvo las empresas públicas creadas por ésta y demás casos que señale la ley, queda sujeta a esta Ley, para toda contratación que supere las 1.000 unidades tributarias debiendo entonces efectuarse una licitación pública. Para aquellos casos en que los montos involucrados sean inferiores la adjudicación se podrá realizar a través de licitación privada o bien a través de la vía de contratación directa.

La normativa en comento es una contribución a la transparencia y probidad de la Administración. En la práctica y en cumplimiento del artículo 19 de la Ley Nº 19.886, fue creado el "Sistema Electrónico de Información de Compras Públicas", vigente y disponible en el sitio web www.compraschile.cl, con 11 servicios en línea. Su proyección operativa es dar lugar a un mercado de más de US$ 7 mil millones, con más de 400 mil transacciones potenciales y ahorros por más de US$ 200 millones para el Estado[27]. Luego, gracias a la incorporación de tecnologías de la información a la gestión estatal, cualquier ciudadano puede a través de internet, conocer los datos de todas las licitaciones y condiciones del contrato, información sobre el organismo contratante y la empresa adjudicada; el objeto, precio, plazos del contrato y tipo de bienes o servicios que se licitan, además del procedimiento de contratación empleado.

TEXTOS NORMATIVOS FUNDAMENTALES:

Ley Nº 19.886, de 2003, *sobre Contratos administrativos de suministro y prestación de servicios.*

Ley Nº 18.575, de 1986, *Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.*

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA:

BRITO, Mariano, "Problemas actuales de las licitaciones y contratos administrativos", en: *Ius Publicum*, Nº 2, 1999, pp. 183-191.

OELCKERS CAMUS, Osvaldo, "Los principios informadores de la contratación administrativa", *Revista de Derecho* (Universidad Católica de Valparaíso), Nº VII, año 1993, pp. 151-165.

RAMÍREZ ALUJAS, Alvaro, *Modernización de la gestión pública. El caso chileno (1994-2000).* (Universidad de Chile, 2001) 51 pp.

SOTO KLOSS, Eduardo: *La contratación administrativa* (Apuntes de clases, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1996). 26 pp.

[27] Datos estadísticos extraídos de: RAMÍREZ ALUJAS, Alvaro: *Modernización de la gestión pública. El caso chileno (1994-2000)*, Universidad de Chile, 2001.

VI. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

1. Ius puniendi *administrativo y Constitución.* La potestad sancionatoria de la Administración surge de la potestad de administrar, dado que la Administración puede imponer directamente sanciones, las que legalmente no se reputan "penas" en virtud del art. 20 del Código Penal, pero cuyo ejercicio puede ser revisado por los Tribunales[28].

En muchos textos legales nacionales vigentes, se le otorga a la Administración la potestad sancionatoria[29], potestad cuya legitimidad rara vez se discute[30], pues en definitiva su ejercicio siempre queda vinculado a la juridicidad y al posterior control jurisdiccional, siendo esto último algo ineludible en todo acto de la Administración.

En la práctica las sanciones de tipo administrativo se traducen en multas y sanciones en general de carácter patrimonial, cuya aplicación corresponde a los propios órganos administrativos, sin perjuicio de la revisión jurisdiccional ulterior. En esta materia son esenciales los incisos 6°, 7°y 8° del art. 19 N° 3 de la Constitución Política de 1980, relativo a *"la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos"*, según los cuales: *"La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. / Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. / Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella".*

Al respecto, por su texto tan expresivo, sólo nos basta con transcribir lo que ha señalado la Sentencia de Tribunal Constitucional, Rol N° 244, 26/8/1996 (a propósito de la Ley de Caza), en sus considerandos 9°, 10°, 11° y 12°:

"9°. Que, los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi *propio del Estado;*

10°. Que, entre ellos, es necesario destacar los principios de legalidad y de tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta;

11°. Que, en este sentido, ambos principios se encuentran consagrados en los incisos séptimo y octavo del N° 3° del artículo 19, de la Carta Fundamental, de acuerdo con los cuales "Ningún

[28] – Esquema que se sigue, igualmente, en nuestro libro: *Derecho Eléctrico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), pp. 317- 327. de ahí que los ejemplos que utilizo en este escrito son de la normativa eléctrica, pero aplicables a toda potestad sancionatoria.

– Por ejemplo los artículos 15 y sgtes. de la Ley 18.410 que crea en 1985 la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

– No obstante, ver: Soto Kloss, *Notas*, cit., y Aróstica, *Algunos*, cit., aceptan con reservas esta potestad de la Administración.

– El énfasis es agregado

[29] Por ejemplo los artículos 15 y sgtes. de la Ley 18.410 que crea en 1985 la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

[30] No obstante, ver: Soto Kloss, *Notas*, cit., y Aróstica, *Algunos*, cit., aceptan con reservas esta potestad de la Administración.

delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado", y "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.";

12°. Que, de esta forma, la Constitución precisa de manera clara que corresponde a la ley y solo a ella establecer al menos el núcleo esencial de las conductas que se sancionan, materia que es así, de exclusiva y excluyente reserva legal, en términos tales, que no procede a su respecto ni siquiera la delegación de facultades legislativas al Presidente de la República, en conformidad con lo que dispone el artículo 61, inciso segundo, de la Constitución Política"[31].

De lo anterior podemos desprender claramente que el *ius puniendi* del Estado, ya sea en su manifestación penal o administrativa, dada la evidente naturaleza común, en su ejercicio debe respetar los mismos principios de legalidad y tipicidad, y sus derivados. En otras palabras, aunque exista una dualidad de sistemas represivos del Estado, en ambos casos, por su unidad material, aunque el procedimiento sea distinto, se han de respetar estos principios de fondo: es el mismo *ius puniendi* del Estado. Entonces, los principios conocidos generalmente como del derecho penal, hay que considerarlos como principios generales del derecho sancionador, y el Tribunal Constitucional ha señalado claramente que tales principios tradicionales del derecho penal se aplican a la esfera sancionatoria administrativa[32].

A nivel nacional, se dan algunos casos, como por ejemplo en materia eléctrica, donde la Administración, siguiendo un texto legal algo escueto (art. 15 Ley 18.410/1985, citada), impone sanciones a partir de un "reglamento" incurriendo por cierto en una práctica inconstitucional, si consideramos que conforme el artículo 19 N° 3 en su considerando 7° sienta el principio que sólo la ley puede establecer delitos y sus penas. Lamentablemente esta tipicidad vía reglamentaria es usual, y más lamentable aún es que con esto se quebrante el principio de legalidad al carecer de fundamento legal. Tampoco se da cumplimiento al principio de la tipicidad, en tanto muchas de las conductas sancionadas están establecidas de manera genérica[33], siendo que se requiere "la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable".

Quizás la explicación de esta práctica de la Administración nacional haya que buscarla en el ámbito económico. Para Ferrada, el modelo estatal que a su juicio sería "abstencionista y neutral" propugnado por la Constitución de 1980 y "*...habiendo quedado claramente demostrado en las dos últimas décadas la incapacidad de autorregulación de los propios agentes del mercado y la insuficiente respuesta a los nuevos requerimientos que impone el propio modelo económico*"[34], ha dado paso a habilitaciones genéricas por parte del legislador, a los órganos de la Administración del Estado de un conjunto de potestades más o menos amplias de intervención y gestión de los diversos sectores (económico relevantes), dentro de las que se destacan las directivas, reso-

[31] El énfasis es agregado.

[32] Si bien con algunos "matices", como señala la doctrina más autorizada (vid. García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, II, p. 170).

[33] En materia eléctrica, por ejemplo, cabrá revisar si el tipo que se establece en el art. 15 inc. 1° de la Ley N° 18.410/1985 cumple medianamente este principio, al referirse a *"infracciones de las leyes... "*, de un modo tan genérico, que debe ser precisado y graduado en cuanto a sus sanciones, según la gravedad de sus resultados, establecidos en los incs. 3° y 4° de tal disposición legal.

[34] Ferrada B., Juan Carlos, "Los órganos reguladores de actividades económicas relevantes en Chile: Una visión panorámica", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30 N° 2, pp. 271-286 (2003).

lutivas, fiscalizadoras, sancionadoras y consultivas, pretendiendo velar así por los intereses públicos comprometidos[35].

2. Principios de derecho administrativo sancionador. Otros principios a considerar por el derecho administrativo sancionador son:

a) principio de la *culpabilidad*, es decir, no cabe en ningún caso imponer una sanción, en este caso, administrativa, a quien no pueda dirigírsele un reproche personal por la ejecución de la conducta prohibida[36],

b) principio de la *proporcionalidad*, por el cual se supone una correspondencia entre la infracción y la sanción impuesta, con el fin de impedir que la ley autorice y que la autoridad tome medidas innecesarias y excesivas. Este principio impone escalas de graduación de las sanciones, basados en diversos criterios, incluso derivados de otros principios, como la intencionalidad, la reiteración, los perjuicios causados, la reincidencia en la misma sanción, pero en períodos de tiempo acotados. En nuestro sistema constitucional surge del art. 19 nº 3 inc.7º, dado que todo lo que "favorezca al afectado" debe ser considerado, y una ley aplicada sin la racional proporcionalidad puede ocasionar una "desproporción" en su aplicación, lo que impide este principio.

c) También es aplicable a nivel administrativo el *derecho a la presunción de inocencia.* Este principio está consagrado en el art. 19 nº 3 inc. 6º de la Constitución, en una formulación *in extremis*: prohibiendo la presunción de derecho de la responsabilidad penal, y tiene como base el sistema de protección general de la libertad. Esta presunción de inocencia, que tiene rango constitucional no sólo para la responsabilidad penal, sino para todo tipo de responsabilidad, y en especial para la responsabilidad sancionatoria administrativa, supone que sólo sobre la base de pruebas efectivas, y cuyo aporte es carga de quien acusa, podrá alguien ser acusado y sancionado[37].

3. Procedimiento administrativo sancionatorio. Finalmente y en lo que respecta al procedimiento legal a seguir para aplicar las sanciones administrativas, baste señalar que hoy en Chile, a partir del 29 de mayo de 2003, ningún acto de la Administración debe dictarse sin el cumplimiento de lo señalado en la Ley Nº 19.880, de esa fecha, la que *"establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado"* (LBPA). Esta ley rige plenamente en los casos en que no hay procedimiento especial alguno; en caso contrario, el procedimiento especial preexistente se completa de modo "supletorio" con esta nueva ley. En esta ley se establecen una serie de principios relativos al procedimiento administrativo que deben ser respetados en la emisión de los actos sancionatorios de la Administración, so pena de posible invalidación (art. 53 LBPA), u otros recursos administrativos y jurisdiccionales.

Este es un tema en el que cabe avanzar en Chile, pues no existe una arraigada conciencia, en especial de la jurisprudencia, sobre la necesidad de hacer respetar por la Administración los principios desarrollados de un sano ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria.

[35] Ejemplo de ello, han sido a nivel nacional las reformas legislativas introducidas en el sector eléctrico para fortalecer las atribuciones de los órganos administrativos reguladores, que permitan prever y enfrentar adecuadamente procesos de crisis energética como la vivida en el año 1999 (Ley Nº 19.613/99), o las atribuciones más amplias de la Subsecretaría de Telecomunicaciones [Subtel] en materia de interconexión y defensa de los usuarios del servicio público telefónico (Ley Nº 19.302/1994).

[36] Cfr.: Cury, op. cit., p. 80.

[37] Este principio de la presunción de la inocencia quiere decir, entonces, que en un procedimiento sancionatorio administrativo, como el procedimiento que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles [SEC] puede llevar adelante, es la propia Administración [la SEC], en la fase de instrucción del procedimiento sancionatorio, la que debe aportar las pruebas que implican responsabilidad de quienes soporten una sanción.

TEXTOS NORMATIVOS FUNDAMENTALES:

Constitución Política de 1980, arts. 6°, 7°, 8° y 19 N° 3.

Código Penal, artículo 20.

Ley N° 19.880 sobre Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA:

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los principios generales del derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003). 278 p.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, "Algunos problemas del derecho administrativo penal", en: *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), Nro. 182 (1987) pp. 71-81.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge, "Elementos para definir las sanciones administrativas", en: *Revista Chilena de Derecho (Número Especial),* (1998), pp. 323-334.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), pp. 18-19.

CURY URZÚA, Enrique, "Algunas reflexiones sobre la relación entre penas penales y administrativas", en: *Boletín de Investigaciones* (Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile), Nos. 44 y 45 (1979/1980) pp. 86-94, luego ampliado en su: *Derecho penal. Parte General* (2da. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992) pp. 69-93.

FERRADA B., Juan Carlos. "Los órganos reguladores de actividades económicas relevantes en Chile: Una visión panorámica", en *Revista Chilena de Derecho,* Vol. 30 N° 2, Sección Estudios (2003), pp. 271-286

SOTO KLOSS, Eduardo, "Notas para el estudio de la potestad sancionatoria de la Administración", en: *Boletín de Investigaciones* (Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile), Nos. 44 y 45 (1979/1980) pp. 95-103.

VERGARA BLANCO, Alejandro: "Esquema de los principios del derecho administrativo sancionador", en: *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte, Sede Coquimbo), 2004.

VII. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

1. Límites a la discrecionalidad. Hoy en alguna doctrina nacional[38] se ha renovado la siempre presente e ineludible discusión sobre las *"potestades juzgadoras"* de los órganos de la Administración. Este asunto tiene directa relación con aquellas potestades de naturaleza discrecional de que está dotada la Administración, esto es, aquellas que les dan a esta la posibilidad, dentro de

[38] CORDERO VEGA, Luis, "Limitando la Ley de Procedimiento Administrativo. Una interpretación intolerable", *Revista Chilena de Derecho* Vol. 30 N° 3, año 2003, pp. 549-552; y FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos y BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, "Facultades Juzgadoras de la administración, una involución en relación al principio clásico de la división de los poderes", en: *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), Vol XIII-2002, pp. 189-205.

ciertos límites, de apreciar libremente la oportunidad o la conveniencia de la acción administrativa[39]. Los órganos de la Administración suelen pretender que por el hecho de estar investidos de estas potestades, pueden hacerlas extensivas hasta el punto de juzgar ellos mismos las materias que son propias de su conocimiento.

En todo caso cada vez que pretenda la Administración arrogarse una potestad discrecional, para en definitiva justificar si obra o no, si lo hace de una o de otra forma, o si obra cuando lo crea oportuno, siempre esta discrecionalidad está sujeta a los límites que le marcan los siguientes principios:

i) el *principio de la razonabilidad*, es decir, que el actuar administrativo sea proporcionado a la finalidad que se persigue por la autoridad,

ii) el *principio de la proporcionalidad*, en tanto la administración para satisfacer necesidades públicas debe actuar de un modo eficiente, con medidas idóneas y en definitiva tomando la medida adecuada según las circunstancias imperantes; y,

iii) por sobretodo sujetarse al *principio de la juricidad*, pues cualquier acción contraria a este principio, significará que la actuación adolece de un vicio, que acarreará la nulidad de derecho público.

Así, cualquiera sea el grado de discrecionalidad que la ley haya conferido a la acción de una autoridad administrativa, nunca el acto que ella emita podrá dejar de regularse por normas legales, que han de referirse, cuando menos a la competencia del órgano, para actuar dentro de la órbita que le haya sido señalada y a la finalidad del acto. La Administración, pues, ha de someterse a la ley, entendida esta, naturalmente, en su concepto amplio, comprensivo de la Ley Fundamental, de modo que si de ella se aparta y realiza una acción ilegal, operarán los resguardos previstos por la ley.

2. Discrecionalidad y control judicial. En la actualidad, en nuestro país se ha instaurado como mecanismo de control judicial de las acciones u omisiones discrecionales, derivadas en arbitrarias, de la Administración del Estado en el ejercicio de sus funciones, una acción constitucional extraordinaria: el *"Recurso de Protección"*, establecido en el artículo 20 de la Constitución, cuyo objeto es el *"reestablecimiento del imperio del derecho"*[40].

Históricamente esta acción constitucional de amparo de garantías patrimoniales surge como una respuesta a la imperiosa necesidad de contar con un mecanismo que resguardara adecuadamente tales "garantías individuales", con el fin de asegurar el buen funcionamiento de un auténtico régimen democrático, esto a la luz del quebrantamiento del Estado de Derecho, que culminó con la crítica situación del Pronunciamiento Militar de 1973. Luego y a partir de esta realidad la Comisión de Estudios de la Constitución de 1980 decidió crear un mecanismo de protección que en definitiva se perfilaba como una ampliación del recurso de Amparo existente en la época, es decir, que protegiese otros derechos y garantías que éste

[39] En este mismo sentido se han pronunciado los Tribunales superiores de justicia, principalmente a través de numerosos fallos de recursos de protección, desatacándose nociones de la potestad discrecional como: *"Facultad en que el administrador debe optar razonablemente por la elección más conveniente"*(1982), *"Facultad ejercida por la autoridad sujeta a los límites de la razonabilidad, de la buena fe y de la ordenación del poder"*(1984).

[40] El artículo 20 de la Constitución consagra esta acción para el evento en que cualquier persona por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías de contenido patrimonial establecidas en el artículo 19 de la Constitución.

no cubría. Además el nuevo recurso debía caracterizarse por *"ser un procedimiento de emergencia, ...que tiene por objeto lisa y llanamente, mientras se discute ante la justicia ordinaria en forma lata el problema planteado, restablecer el imperio del derecho que ha sido afectado"*[41]. Así se consagró en la Constitución de 1980 y su regulación jurídica se estableció por un Auto Acordado de la Corte Suprema sobre *"Tramitación y fallo del recurso de protección"* de 24 de junio de 1992, sobre lo que se trata en un acápite posterior de este trabajo.

En todo caso, el tema teórico y práctico de la discrecionalidad administrativa, de sus límites y técnicas de control, es un tema abierto a la discusión doctrinaria, y con constantes decisiones legislativas y jurisprudenciales. En los hechos, la técnica legislativa de conformación de potestades puede acrecentar el fenómeno de la discrecionalidad, en aquellos casos complejos y técnicos, en que no se establezcan parámetros o reglas básicas del accionar administrativo (un ejemplo de ello, ha sido la discusión prelegislativa de la modificación del Código de Aguas, desde 1990 hasta ahora).

TEXTOS NORMATIVOS FUNDAMENTALES:

Auto Acordado de la Corte Suprema, de 1992, sobre *"Tramitación y fallo del recurso de protección"*.

Constitución Política de 1980, arts. 19 y 20.

Ley N° 18.575, de 1986, *Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.*

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA:

CALDERA DELGADO, Hugo, "Límites constitucionales de la discrecionalidad administrativa", en: *Revista Chilena de Derecho,* Vol. N° 16, 1989, pp.423- 428.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos; BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; CAZOR ALISTE, Kamel. "El Recurso de Protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: Una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo", *Revista de Derecho*, (Universidad Austral), Vol. XIV, Julio 2003, pp. 67-81.

GUZMÁN SUÁREZ, Lionel, *El control de la discrecionalidad administrativa en Chile* (Tesis, Universidad de Chile, 2001).

MONTERO RODRÍGUEZ, Osvaldo, *Recurso de Protección una forma de Control de la Administración. Análisis Jurisprudencial* (Universidad de Concepción, noviembre de 2002).

PIERRY ARRAU, Pedro, "El control de la discrecionalidad administrativa", en *Revista Chilena de Derecho*, N° XI, año 1984, pp. 479 – 491.

VERGARA BLANCO, Alejandro: "Discrecionalidad administrativa y nuevas limitaciones a los derechos de agua", en: *Puntos de Referencia*, Centro de Estudios Públicos, N° 276, diciembre de 2004, 8 pp.

[41] Opinión del comisionado Sr. Waldo Ortúzar, en *Acta de sesiones de la Comisión Constituyente,* N° 214.

VIII. CONTROL JUDICIAL (JURISDICCIONAL) DE LA ADMINISTRACION. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Introducción. Situación general del contencioso administrativo en Chile. Desde el punto de vista de los órganos que realizan o ejecutan algún grado de control respecto de la Administración podemos distinguir: a] Control parlamentario, que compete al Congreso Nacional, b] control que ejerce la propia Administración, a través de servicios u órganos que forman parte de su estructura, como por ejemplo las Superintendencias, c] control ejercido por la Contraloría General de la República y; d] el control jurisdiccional, que corresponde a los Tribunales de justicia, sean estos ordinarios o especiales.

El control jurisdiccional respecto de la Administración en el sistema chileno existe, y según lo indica el Ferrada Bórquez, *"en los últimos 25 años se ha reformulado casi completamente la doctrina clásica administrativa en esta materia a partir de la creación legal (recurso de protección) y jurisprudencial de nuevos instrumentos de control de la actividad administrativa (acción de nulidad de derecho público), así como del reconocimiento de plena competencia de los tribunales ordinarios de justicia para conocer de las acciones que entablen los particulares en contra de la Administración del Estado (contencioso administrativo). Lo anterior permite afirmar hoy día que la nota común de la actividad administrativa es la plenitud jurisdiccional de los tribunales ordinarios de justicia para conocer de los conflictos contenciosos administrativos, no existiendo órganos ni materias exceptuadas de este control jurisdiccional"*[42].

Respecto de los *tribunales de lo contencioso administrativo,* estos son un antiguo plan de la Constitución de 1925 la cual en su artículo 87 consagraba *"Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales de justicia por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley".*

En la Constitución de 1980 fueron nuevamente establecidos en los artículos 38 inciso 2° y 79 respectivamente. Después de tantos años de su establecimiento constitucional, en la práctica no han sido creados, ante lo cual, para precaver que no se produjesen en la práctica situaciones de denegación de justicia como las ocurridas bajo la vigencia de la Constitución de 1925[43], introdujo una modificación constitucional en el año 1989[44], radicándose entonces la competencia de los asuntos contenciosos administrativos en los *"Tribunales que determine la ley"*, esto es, los tribunales ordinarios de justicia.

Efectivamente, actualmente son los Tribunales Ordinarios de justicia, los llamados a conocer de los asuntos contenciosos administrativos, lo que no ha estado exento de problemas, principal-

[42] FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, "El principio del control en la Administración del Estado. El principio de control en la década 1990-2000", en: *La Administración del Estado de Chile. 1990-2000* (Santiago, EdiarConoSur, 2001) p. 621.

[43] La situación generada bajo la Constitución de 1925 consistió fundamentalmente en que los Tribunales Ordinarios, sistemáticamente se excusaron de conocer reclamos de ilegalidad o arbitrariedad de los actos de la Administración, alegando en su favor la existencia de tribunales "especiales", ante lo cual se declaraban incompetentes para conocer de estos asuntos. Esta situación alcanzó graves ribetes entre los años 1967 a 1973, en razón de la Reforma Agraria y tribunales especiales constituidos sólo para efectos de las expropiaciones ejecutadas al amparo de ella.

[44] Ley de Reforma Constitucional N° 18.825, del 17 de agosto de 1989, artículo único N° 17. reforma aprobada por plebiscito de 30 de julio de 1989.

mente por la lentitud y porque notoriamente los jueces no poseen los conocimientos técnicos ni la experiencia que muchas de las materias administrativas requieren.

Como se verá, en la práctica, ante la falta de los tribunales contencioso administrativos y la lentitud de los Tribunales Ordinarios, se ha recurrido al Recurso de Protección[45], de un modo preferente y creciente, para impugnar las actuaciones de la Administración, desvirtuando el objeto inicial de este recurso como es el "reestablecimiento del derecho", utilizándose un *"procedimiento inadecuado, que no da garantías procesales ni a la autoridad recurrida, ni a los terceros interesados en la mantención del acto, ni tampoco al propio recurrente, que no tiene criterios estables o permanentes en que fundar su acción..."*[46].

Dicho lo cual, explicamos a continuación la realidad del contencioso administrativo, a través de un desarrollo más amplio que las otras materias, por su relevancia en el sistema administrativo chileno.

1. Órdenes de jurisdicción y contencioso administrativo. ¿Cómo está determinada la competencia jurisdiccional en materia de derechos fundamentales y administrativa en Chile? Si es difícil usualmente identificar el juez habilitado para resolver un conflicto, en nuestro país ello tiene dificultades irritantes, pues en el caso de la jurisdicción administrativa, ésta no existe orgánicamente, y cabe recabarla en los tres órdenes de jurisdicción existentes.

En efecto, funcionalmente, la justicia chilena comprende tres órdenes de jurisdicción:

a) el orden constitucional: la justicia constitucional. Le corresponde tanto al Tribunal Constitucional (juez a priori y control concentrado: declaración de insconstitucionalidad de los proyectos de ley) como a la Corte Suprema reunida en Pleno (juez a posteriori: declaración de inaplicabilidad por insconstitucionalidad de las leyes para causas específicas, sin efectos generales).

En el primer caso (del TC) se trata de contencioso anulatorio de leyes, y en virtud de la sentencia el proyecto de ley no se podrá convertir en ley. En el segundo caso, la sentencia sólo tiene efectos relativos para la causa en que se invoca y declara la inaplicabilidad; la ley sigue vigente.

b) el orden administrativo: la justicia contenciosa administrativa. No hay organicidad alguna; más bien una gran dispersión, como analizamos *infra*. Le corresponde tanto al Tribunal Constitucional, como a los Tribunales ordinarios y especiales de justicia, que integran el poder judicial, como a otros tribunales que no forman parte del poder judicial.

El TC ejerce la función de jurisdicción contencioso administrativa al resolver la constitucionalidad de los decretos y reglamentos (art. 82 n°s. 3, 5, 6 y 12 CP).

Los tribunales que integran el poder judicial ejercen la plenitud de la jurisdicción contenciosa administrativa, de modo supletorio y general, ante la inexistencia de tribunales especiales de lo contencioso administrativo con competencia general.

En fin, existen órganos de la Administración y otros que no forman parte ni de la Administración ni del poder judicial, con potestad jurisdiccional en el orden contencioso administrativo. Es el caso especial del Panel de Expertos de la Ley General de Servicios Eléctricos.

En todo caso, el sistema de control de la juridicidad también incorpora un órgano independiente de la Administración que ejerce la supervigilancia: la Contraloría General de la República (que se analiza en el capítulo siguiente).

[45] Establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de 1980.

[46] Pierry Arrau, Pedro. "Conferencia Inaugural: Lo Contencioso Administrativo y el Recurso de Protección"., *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XIV (1991-1992), pp. 159.

c) El orden judicial ordinario y especial. Está confiado a los Tribunales que integran el Poder Judicial, y que están sujetos a la Superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema.

Son en general estos tribunales los que conocen todo tipo de conflictos, civiles y criminales; tienen otorgada la plenitud jurisdiccional común; y en especial a ellos también les están confiados los recursos extraordinarios relativos a las garantías fundamentales, en dos órdenes de materias:

1°) el tradicional hábeas corpus, que en Chile se denomina *Recurso de Amparo.* En virtud del cual "todo individuo que se halle arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes" puede ocurrir ante los tribunales en busca de protección de su libertad (art. 21 CP).

2°) pero, para las garantías fundamentales de contenido psatrimonial la CP creó un recurso especial denominado *"Recurso de Protección"*, en virtud del cual "el que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías" que enumera la CP (propiedad, libre empresa, igualdad y otras), puede ocurrir a la Corte de Apelaciones respectiva (no a un juez de 1ra. instancia, sino al Tribunal de 2da. instancia), la que según la CP: "adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes" (art. 20 CP).

No obstante este origen del recurso de Protección, inserto en el orden judicial ordinario, dirigido a garantizar la propiedad, la igualdad y otros derechos fundamentales, ha devenido, según veremos, en un orden administrativo.

Este es el esquema fundamental.

2. Historia de la ausencia de un contencioso especializado de general aplicación. Aún a riesgo de difundir algo ya muy conocido, para los efectos de este trabajo panorámico, es necesario señalar los hitos fundamentales de la ausencia de contencioso administrativo especializado en Chile.

a) La CP de 1925 contenía una disposición, que se tornó de aquellas que dramáticamente hubo que llamar "programáticas", en virtud de la cual se previo la creación de tribunales administrativos. Al mismo tiempo la ley limitaba la jurisdicción del Poder Judicial a las causas civiles y criminales que establecía la ley. A raíz de eso la doctrina y la jurisprudencia judicial de la época mayoritariamente entendieron que en virtud del principio de la separación de poderes, tales tribunales no tenían la competencia para conocer causas de la materia contenciosa administrativa.

En virtud de ello se concluía que se trataba de un vacío legal y que mientras el legislador no actuara, los Tribunales ordinarios debían abstenerse de llevar a juicio a la Administración.

Esto produjo una gran indefensión de los particulares en sus pretensiones de frente a la Administración, en aquellos casos en que esta lesionaba sus derechos; sin perjuicio del papel limitado que cabe reconocer a la Contraloría General de la República[47].

b) El texto primigenio de la CP de 1980, sin embargo, persistió en la idea de la creación especializada de estos tribunales de lo contencioso administrativo. Así, en su art. 38 inc. 2° reiteró la necesidad de creación de los "tribunales contencioso-administrativos que determine la ley"; y, en seguida, en el art. 79 CP restringió la potestad del poder judicial sólo a los "negocios

[47] Vid. Soto Kloss, *Derecho Administrativo*, cit., 1996, t. 1, p. 357; y Silva Cimma, *Derecho Administrativo*, cit., 1994, p. 192.

de su competencia", fórmula que excluía, entonces, a la materia contenciosa administrativa. Todo parecía indicar que esta vez los tribunales especiales administrativos no quedarían sólo en el texto desnudo de la CP, sino que serían creados. Pero ello no ocurrió así...

c) En 1989, mediante plebiscito, la CP de 1980 fue modificada en variados aspectos, y en la materia se incluyeron las dos siguientes modificaciones: 1°) se suprimió la frase "contencioso-administrativo" del art. 38 inc. 2° CP, quedando la frase genérica, dirigida a los "tribunales que determine la ley"; y 2°) en el art. 79 se eliminó la referencia explícita a los tribunales contencioso-administrativos.

A raíz de estas modificaciones constitucionales, en todo caso no se ha concluido, ni por la doctrina ni por la jurisprudencia (como antaño), que la Administración tendría inmunidad jurisdiccional por virtud del sacrosanto principio de separación de poderes. Sino que se ha impuesto la sana doctrina de la plenitud jurisdiccional de los Tribunales que integran el Poder Judicial, dada la inexcusabilidad a que están sujetos[48].

Este es el contexto.

3. La búsqueda de justicia administrativa en medio de la anarquía chilensis. Entonces, cabe preguntarse, ante qué jurisdicción pueden recurrir los particulares que se sientan lesionados por actos de la administración, tanto para solicitar la anulación de tales actos (contencioso de anulación o de *excés de pouvoir*) y la consiguiente indemnización (contencioso indemnizatorio o de responsabilidad; o de plena jurisdicción). Debemos recordar que en Chile no existe, como se ha señalado, ni una jurisdicción ni un procedimiento especial o de efecto general supletorio para las contiendas contencioso administrativas

La respuesta lógica sería la siguiente: que se recurriese ante el Poder Judicial respecto de las causas contra actos de la Administración. Pero ello envuelve nuevos inconvenientes, a raíz de la falta de un procedimiento general. ¿Qué actitud han tomado los justiciables en Chile? Sin perjuicio de una serie de contenciosos especializados establecidos en diversas materias especiales (amparo económico; reclamaciones a la autoridad sanitaria; a la autoridad eléctrica, y otros), cabe referirse al contencioso de general aplicación.

4. Las vías ordinarias (ante el lento juez judicial) en un país sin contencioso-administrativo

a) La nulidad (el exceso de poder chileno: el contencioso anulatorio). Una primera vía es la del contencioso anulatorio general, ante un tribunal de 1ra. instancia, mediante el procedimiento civil, supletorio, y ante los Tribunales ordinarios que forman parte del Poder Judicial. Es el llamado juicio de "nulidad de derecho publico", que se ha intentado recurrentemente, para obtener una primera declaración anulatoria, y en seguida indemnizatoria, mediante la cesación de los efectos del acto anulado. El intento permanente es producir un contencioso de plena jurisdicción, y no una sentencia meramente declarativa. Es una acción muy utilizada, con algunos excesos, por ejemplo, el intento de la imprescriptibilidad de la acción, lo que ha venido recientemente a ser zanjado en contrario por la nueva ley de procedimiento administrativo.

b) La plena jurisdicción: responsabilidad del Estado Administrador. Una segunda vía, ante los mismos tribunales, es la relativa a los juicios de responsabilidad de la administración, por actos de sus agentes, de plena jurisdicción podríamos decir. Son contenciosos bastante generali-

[48] Vid. Soto Kloss, *El recurso de protección*, 1992, p. 397 ss.; Silva Cimma, *Derecho administrativo*, cit., 1994, p. 193.

zados, en que se ha impuesto una jurisprudencia muy sólida de frente a la Administración, pasando por una época de acogimiento al menos formal de una teoría de la responsabilidad objetiva, con algún apoyo doctrinario; hasta la actual época de acogimiento de una tesis de responsabilidad subjetiva, con un apoyo mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia.

5. Una vía extraordinaria (y rápida) en un país sin contencioso-administrativo: el recurso de protección de garantías constitucionales patrimoniales. Las dos vías anteriores, podríamos decir, son las ordinarias en un sistema que carece de una jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo de general aplicación. Pero es indudable que este cauce tiene todas las dificultades de la justicia ordinaria, su lentitud y la falta de remedios urgentes, o de verdaderas medidas cautelares.

Y ante la falta de esa jurisdicción, cada vez que un particular se enfrenta con la Administración y no es posible recurrir a otras vías de reclamo (administrativas: ante la Contraloría General de la República; o jurisdiccionales: ante la no existencia de un recurso especial de los contencioso administrativo, como es el caso municipal, o eléctrico, o de aguas, u otros; en fin, ante la respuesta inadecuada de los juicios de primera instancia señalados en el párrafo anterior: nulidad y responsabilidad), la vía de acción más utilizada, desde su creación en 1976-1980, es el recurso de protección.

Pero, ¿qué ha ocurrido? Que este recurso de protección de las garantías constitucionales no fue creado como un sustituto de la jurisdicción contencioso-administrativa; pero a pesar de eso, dada la fuerte presión de los justiciables, y la laxa interpretación que las Cortes han dado a algunas garantías constitucionales, en gran medida esta vía se ha convertido en un jurisdicción doble:

a) por una parte, sigue respondiendo al molde primigenio de la CP, como amparo de garantías constitucionales de contenido patrimonial, y al respecto hay una nutrida, notable y valiosa jurisprudencia; y,

b) por otra parte, encontramos aquí el cauce por donde los justiciables que se enfrentan a lesiones en sus derechos provenientes de actos de la Administración, han convertido, con algún éxito, esta acción en un contencioso no sólo cautelar sino con sentencias claramente anulatorias, con el mismo efecto de un proceso de exceso de poder.

6. Situación actual y análisis del recurso de protección. Sin perjuicio de la clara situación de justicia concreta a que ha llevado el recurso de protección, que con razón se la ha calificado de "revolución silenciosa" (Soto Kloss), no podemos considerar a este remedio como permanente, y claramente sólo es la solución para el mejor amparo de los derechos y garantías patrimoniales; pero no es la solución a la ausencia del contencioso administrativo.

a) Pero esta situación, al no estar claramente regulada, ni al ser la jurisprudencia muy uniforme, dista de ser siquiera una solución ideal permanente para las garantías fundamentales de orden patrimonial.

Lo más grave es que este recurso de protección, a pesar de dar lugar a un verdadero juicio, que es el marco insoslayable en que se realiza la jurisdicción[49], no siempre se tramita a través de un proceso en que se cumplan los más mínimos cánones o estándares de un debido y racional proceso, como lo exige para todo proceso el art. 19 N°3 CP.

Dado lo escueto de la CP, cabe una intervención legal, pues los auto-acordados de la CS no han dado una solución medianamente aceptable, fijando plazos nada razonables y una ausencia de garantías procesales mínimas para los justiciables.

[49] Cfr.: Ferrada, Bordalí y Cazor, cit., 2003, p. 74

b) En el caso del recurso de protección como sustituto del contencioso-administrativo, ha sido, es verdad, la palanca desesperada de los particulares lesionados por actos de la administración, motivados por la ausencia de un contencioso administrativo especial y de efectos generales[50].

Pero en un tipo de recurso en que no se debiera esperar más que la cautela extraordinaria de derechos, se ha llegado a un verdadero anulatorio de actos (recurso de *excés de pouvoir*), a través de sentencias que a pesar de lo extraordinario y cautelar del recurso (a la espera del juicio de lato conocimiento posterior en el plan de la propia CP), en algunas ocasiones producen no sólo cosa juzgada formal sino la nulidad para siempre de actos de la Administración. En algunos casos ese remedio ha sido notable en cuanto a justicia concreta, pero dado el zigzagueo constante de la jurisprudencia, no hay criterios seguros a los cuales atenerse.

c) Una de las características más notables de la jurisprudencia del recurso de protección es la concentración de casi todas las protecciones a sólo dos garantías constitucionales: propiedad e igualdad.

1°) A través de la garantía de la igualdad, y a través de alguna dialéctica asociada, se llega al principio de la legalidad o de la juridicidad; esto es, el amparo de la garantía de la igualdad se transforma en el contencioso del exceso de poder, anulatorio.

2°) A través de la garantía de la propiedad (y aún, de la "propietarización" de los derechos[51]) se llega al principio de la potestad invalidatoria; y al amparo de la garantía de la propiedad se transforma igualmente en contencioso del exceso de poder, invalidatorio.

d) Conclusiones:

1° El recurso de protección es una acción rápida y eficaz establecida por el constituyente chileno para la protección y cautela de las garantías constitucionales de orden patrimonial. Debe seguir prestando ese servicio; pero reconducido a través de un verdadero proceso, con garantías de racional y justo.

2° El recurso de protección, ante la ausencia de un tribunal o de una jurisdicción de lo contencioso administrativo, se ha transformado en un sustituto de tal jurisdicción administrativa especial, de un modo inorgánico, incompleto y que no llena en ningún caso los estándares mínimos de justiciabilidad ante los abusos administrativos.

Cabe esperar que este fenómeno de desorden jurisprudencial se mantenga incólume e impune una buena parte de la acción administrativa arbitraria hasta que no se establezca en Chile una justicia administrativa de general y supletoria aplicación.

TEXTOS NORMATIVOS FUNDAMENTALES:

Constitución Política de 1925, artículo 87.
Constitución Política de 1980, arts. 38 (inciso 2°) y 79.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA:

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, "*Sobre el recurso de protección y la representación del contralor*" en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, año 1993, p. 745.

[50] Vid. FERRADA, BORDALI y CAZOR, cit., 2003, p. 77
[51] Vid. VERGARA, "La propietarización", cit., 1990.

BAÑADOS, Felipe, "¿Constituye el recurso de protección la vía más adecuada para proteger y promover el medio ambiente?". en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 85 N°, año 1988, p. 125.

BERTELSEN REPETTO, Raúl, "El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación: exámen de quince años de jurisprudencia" en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25 N° 1 (enero-marzo de 1998), pp. 139-174.

BRUNA CONTRERAS, Guillermo, "Los autoacordados de la Corte Suprema sobre recurso recursos de protección". *Revista Chilena de Derecho*, número especial, 1998, pp. 131-135.

BULNES ALDUNATE, Luz, "El recurso de protección y las atribuciones exclusivas del Senado y la Cámara de Diputados", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16 N° 2 (junio-agosto de 1989), pp. 199-205.

CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE, *Proyecto de Ley sobre lo Contencioso Administrativo*, 6 de mayo de 1992.

DANIEL ARGANDOÑA, Daniel, "Sobre el proceso contencioso administrativo de general aplicación", *Revista de Derecho Público*, Vol. 63, año 2000, pp 191-198.

DÍAZ CRUZAT, Andrés, "Esquema del recurso de protección". *Gaceta Jurídica* N° 106, año 1989, p3.

FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo, "Recurso de protección contra entes constitucionales autónomos: crítica a una errada interpretación". *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25 N° 3 (junio-septiembre 1998) pp. 657-664.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Angel, *"Recurso de protección y jurisdicción doméstica: un principio de solución". Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26 N° 3 (julio-septiembre 1999), pp. 761-181.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, "El principio del control en la Administración del Estado". (El principio del control en la década 1990-2000), en "La Administración del Estado de Chile. 1990-2000".

JUNTA DE GOBIERNO (consultor: Rolando PANTOJA BAUZÁ), *Los Tribunales Contencioso Administrativos. Antecedentes para su estudio* (Santiago, 1982) 440 pp. Es posible encontrar en esta útil recopilación los textos de doctrina, jurisprudencia y proyectos relativos a la materia de todo el siglo XX.

MOHOR ABUAUAD, Salvador y VARAS, Paulino: "Documentos oficiales y cronología del autoacordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección dictado por la Corte Suprema el 27 de junio de 1992" en *Gaceta Jurídica* N° 149, año 1992, p. 7.

MOHOR ABUAUAD, Salvador, "El recurso de protección", en *Gaceta Jurídica* N° 44, año 1984, p. 8.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique, "Recurso de protección y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación". *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, N° 02 y 03 (1993), pp. 595–601.

OELCKERS C., Osvaldo; PIERRY A., Pedro; PITTO D., Hernán; DANIEL A., Manuel. "Lo Contencioso Administrativo", en: *Jornadas sobre lo Contencioso Administrativo Escuela de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, noviembre de 1975* (Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976).

OLAVE ALARCÓN, Cristián Manuel, *Recurso de protección: derechos emanados de contratos, derechos emanados de actos administrativos, derechos de funcionarios públicos, derechos previsionales, otros derechos* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1996).

ORTÚZAR LATAPIAT, Waldo, *El recurso de protección y las resoluciones judiciales*. Colegio de Abogados de Chile, Santiago, 1994.

PAILLÁS, Enrique, *El recurso de protección ante el derecho comparado: una acción en busca de una justicia rápida* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002).

PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *La organización administrativa del Estado* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998).

PFEFFER U., Emilio, "Recurso de protección entre comuneros", *Gaceta Jurídica* N° 35, 1983, p. 19.

RÍOS ALVAREZ, Lautaro, "El recurso de protección y sus innovaciones procesales" en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20 N°s. 2 y 3 (1993), pp. 453-466.

SAENGER GIANONI, Fernando, "La lenta agonía del recurso de protección" en *Revista Chilena de Derecho,* número especial, 1998, pp. 259-271.

SALAS V., Julio y OBERG, Héctor: "Naturaleza jurídica del recurso de protección y del Autoacordado que lo reglamenta", en: *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), N° 179, 1986, p. 55.

SALAS V., Julio, "El recurso de protección y las decisiones judiciales. Comentario de jurisprudencia", en: *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), N° 187, 1990, p. 93.

SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo chileno y comparado. El control público* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994.)

SOTO KLOSS, Eduardo, "Acerca del llamado control de mérito de los actos administrativos", en: *Revista de Derecho Público*, N°s 43-44, enero-diciembre de 1988.

SOTO KLOSS, Eduardo, "Diez años del recurso de protección (1976-1986). Una revolución silenciosa", en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia,* tomo 83 N° 3, 1986, p. 157.

SOTO KLOSS, Eduardo, "El recurso de protección. Aspectos fundamentales" en *Revista Chilena de Derecho,* Vol. XI, año 1984, pp. 365–372.

SOTO KLOSS, Eduardo, "Recurso de protección y tribunal competente. Cuál es la Corte de Apelaciones respectiva?, en: *Revista de Derecho Público,* 37 / 38, 1985, p 187.

SOTO KLOSS, Eduardo, *El recurso de protección: orígenes, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982).

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, "Recurso de protección: en busca del alcance perdido", en: *Gaceta Jurídica* N° 54, 1984, p. 44.

VERGARA BLANCO, Alejandro: "La propietarización de los derechos", en: *Revista de Derecho* (Universidad Católica de Valparaíso), vol. 14, (1992), pp. 281-291.

VERGARA BLANCO, Alejandro: "Sobre el plazo para interponer el recurso de protección", en: *Gaceta Jurídica* (Santiago, 1992) pp. 7-10

ZÚÑIGA V., Francisco, "Recurso de protección: algunas notas sobre sus antecedentes históricos en el siglo XIX", en: *Gaceta Jurídica* N° 198, 1996, p. 7.

IX. OTRAS TECNICAS DE CONTROL DE LA ADMINISTRACION: "LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA"

1. Historia del órgano de control. La Contraloría General de la República es el fruto de una larga evolución que se inicia en 1541, con el primer Cabildo de la ciudad de Santiago, con cuatro oficiales

encargados de velar por el correcto uso de las Cajas Reales. En 1967, esta función y otras se radican en la Real Audiencia, que ejercía la administración financiera de la Capitanía General, velaba por el comportamiento de los agentes reales y garantizaba el ejercicio regular de sus atribuciones públicas. Con la Independencia nacional, las funciones contables, fiscalizadoras, consultivas y normativas se radican en la llamada Contaduría mayor y el Tribunal de Cuentas. En 1839, éste último concentraría todas las funciones concernientes a la fiscalización de los actos de la Administración del Estado que comprometen la Hacienda Pública, además de representar al Presidente de la República la inconstitucionalidad o ilegalidad de determinadas medidas, a través del trámite de toma de razón[52].

En 1925 la llamada Misión Kemmerer, contratada por el Gobierno de Chile, propone la creación de la Contraloría General de la República. La propuesta fue sometida a una Comisión Revisora, entonces presidida por el Superintendente de Bancos. Luego de algunas indicaciones, nace la Contraloría General de la República, por el Decreto con Fuerza de Ley N° 400 de fecha 26 de marzo de 1927. En 1943 se otorga rango constitucional a éste órgano contralor y en 1953 se dicta su Ley Orgánica[53], que en 1964 se sistematiza en un texto refundido y coordinado[54].

2. Su función de control de la Administración. En la documentación oficial de este organismo, se dice que *"La Contraloría General de la República es un Organismo Superior de Control de la Administración y que, sobre la base del principio de juricidad, está destinado a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico, la preservación y fortalecimiento de la probidad administrativa y fidelidad y transparencia de la información financiera"*[55].

El control es la función y razón de ser de la Contraloría, la que si bien no es el único órgano estatal encargado de ejercer esta función, sí es la más preponderante, con la característica de estar acotada a la Administración Pública; y, dado el crecimiento en las potestades de ésta, día a día impone a este órgano contralor el desafío de ejercer un control efectivo y no meramente nominal.

Cabe destacar que a la Contraloría, además de su función contralora, le compete resguardar la probidad, la corrección y moralidad que los servicios y funcionarios públicos deben emplear normalmente en el desempeño de sus funciones, objetivo para el cual prima como criterio rector dar primacía al interés público por sobre el interés privado.

Esencial resulta destacar que la Contraloría es el único organismo del Estado que puede interpretar las disposiciones de derecho público que rigen la conducta de los agentes de Gobierno y afectan a los particulares, así como también el único que puede fiscalizar su cumplimiento con fuerza obligatoria. En la práctica, este monopolio contralor para interpretar disposiciones de esta naturaleza, ha sido impuesto y ratificado a lo largo del tiempo por la actuación de la Contraloría frente a los servicios públicos, a través de la llamada *"jurisprudencia administrativa"*, caracterizada precisamente por ser vinculante y obligatoria para estos servicios.

[52] La toma de razón se ha definido como *"un trámite de control de la juricidad de la declaración orgánica unilateral de un ente dotado de potestades administrativas, declaración que formalizada en decretos o resoluciones según disponga la ley, no es sino un proyecto de acto administrativo"*, vid.: Soto Kloss, Eduardo, *La Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional (1927-1977).* Departamento de Derecho Público (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1977), pp. 175.

[53] Ley N° 10.336 Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.

[54] Decreto N° 2421, que fija el texto "Coordinado, sistematizado y refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República", 1964.

[55] Contraloría General de la República, *Doctrina Institucional* (Documento aprobado por resolución exenta N° 1556, de 25 de octubre de 2000).

En síntesis, la Contraloría hoy ejerce las siguientes funciones bien determinadas:

1° La *toma de razón*, como control previo de legalidad de los actos de la Administración.

2° La *emisión de dictámenes*, a través de los cuales se ha logrado uniformar la interpretación y aplicación de las normas de índole administrativa, de don emana un notable aporte de este organismo a la cultura jurídico-administrativa.

3° Llevar a cabo *auditorías*, que éste órgano realiza, por la vía de la interpretación de la expresión *"examen de cuentas"*, empleado por la Constitución y la ley; y también por la vía interpretativa, principalmente de expresiones usadas en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado.

TEXTOS NORMATIVOS FUNDAMENTALES:

Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, Diario Oficial, 29 de mayo de 1952.

Decreto N° 2421, fija texto coordinado, sistematizado y refundido de la ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República. Diario Oficial 10 de julio de 1964.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA:

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Conmemoración por su 75° aniversario de vida institucional* (Santiago de Chile, año 2002.) 482 pp.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Doctrina Institucional* (Documento aprobado por resolución exenta N° 1556, de 25 de octubre de 2000).

RÍOS A., Lautaro, "La Contraloría General de la República en el Estado de Derecho", *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), N° 178, 1985, pp. 87-90.

RUIZ SANTIBÁÑEZ, Cristián, *Naturaleza y control de los dictámenes de la Contraloría General de la República*, tesis para optar al grado de licenciado en derecho (Pontificia Universidad Católica de Chile), 1992.

SILVA CIMMA, Enrique, *La Contraloría General de la República*, memoria para optar al grado de Licenciado en Derecho (Universidad de Chile), 470 p.

UNIVERSIDAD DE CHILE. FACULTAD DE DERECHO, *La Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional (1927-1977)* (Santiago, 1977) 351 pp.

X. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Un diagnóstico en esta materia, lo expresa certeramente Ferrada al señalar que "*en efecto, a las circunstancias anteriores [construcción jurisprudencial accidentada y contradictoria y la diversidad de actividades que desarrollan actualmente los órganos de la Administración Pública que ha supuesto nuevos riesgos y daños para los ciudadanos] se une una acusada carencia en nuestra legislación y doctrina de respuestas adecuadas al problema de los daños derivados de la*

actividad administrativa del Estado, transitando –con algunas excepciones– desde un principio de irresponsabilidad general a un sistema de responsabilidad objetiva, sin fundamento normativo expreso y con una cláusula legal de responsabilidad por falta, traída de la jurisprudencia francesa, pero con un alcance limitado respecto de la organización administrativa. Ello ha dado pie a una jurisprudencia caótica y contradictoria, que siguiendo irreflexivamente los planteamientos doctrinales de algunos autores, han aplicado las reglas jurídicas de otros ordenamientos, sin medir las consecuencias jurídicas que ellos involucra"[56].

Sirva el texto anterior como frontispicio del que surgen los principales aspectos en esta materia:

1. Una responsabilidad administrativa indiscutida. La responsabilidad del Estado administrador es un asunto indiscutido tanto legal, doctrinaria como jurisprudencialmente. A partir de lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Constitución se afirma claramente la obligación de todos los órganos del Estado y de las personas privadas, de someter toda su actividad a lo dispuesto en la misma y las demás normas de ella derivadas, fijándose que correlativamente, las infracciones y contravenciones a esta obligación, generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

2. Naturaleza de la responsabilidad del Estado administrador. Este aspecto es fuente de discusión doctrinaria y de variaciones jurisprudenciales.

a) Un sector de la doctrina[57], a partir del artículo 38[58] de la Constitución, estima que se encuentra consagrado en nuestro derecho una opción general por un determinado tipo de responsabilidad [la objetiva] por parte del Estado, en la medida que no se condiciona el origen de ésta a la naturaleza de la actividad estatal ni a ninguna otra consideración adicional que no sea la propia actividad, el daño y la relación de causalidad entre ambas.

En todo caso, cabe precisar que el artículo 38° en comento, lo que efectivamente constituye es una habilitación general a las personas para accionar ante los tribunales de justicia, en el caso de cualquier lesión de derechos derivadas de la actividad estatal, sin perjuicio de la responsabilidad personal del funcionario que hubiere causado el daño. Sin embargo, quienes sustentan la tesis de la responsabilidad objetiva del Estado, realizan un interpretación extensiva, dado que suponen en el artículo 38° una norma general de responsabilidad, cuando en realidad lo que pretende es la habilitación del acceso a la jurisdicción civil o administrativa, según sea el caso, de todas las personas.

b) Otro sector de la doctrina, hoy claramente mayoritario, postula la responsabilidad del Estado administrador en caso de falta de servicio; trátase de la responsabilidad subjetiva, extracontractual, en la clave usual de derecho civil. Esta posición se basa en diferentes disposiciones de la legislación nacional, además de las contenidas en la Constitución, tales como el artículo 4° de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado[59]; el artículo

[56] Ferrada B., Juan Carlos. "La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado de Chile: una breve revisión del estado actual de la discusión", en: *La responsabilidad patrimonial del Estado* (compilador: Marín González, Juan Carlos, México, Editorial Porrúa, 2004) pp. 107-135.

[57] Ver, entre otros, Fiamma, Gustavo, "La acción de constitucionalidad de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio", en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16 N° 2, 1989, pp 434 y ss.

[58] El artículo 38 inciso 2° CP señala: "*Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño*".

[59] Este artículo establece un principio general de responsabilidad de la administración estatal y señala: "*El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado*"

42 de la misma ley, que dispone una regulación específica en esta materia, aplicable a los órganos de la Administración central del Estado y sus instituciones derivadas[60].

3. La ineludible falta de servicio. Finalmente, es importante señalar que la "falta de servicio" es el elemento determinante de la responsabilidad de la Administración Estatal, similar en esto al sistema francés, y al civil extracontractual y que en la práctica implica que no basta acreditar la actividad d la administración estatal, el daño y la relación de causalidad, sino que es necesario probar además la antijuricidad de la primera, manifestada en el incumplimiento total o parcial de los deberes jurídicos que el ordenamiento jurídico impone a la Administración: en toda hipótesis, la falta de servicio.

Esta es una discusión académica abierta y con claro reflejo en la activa jurisprudencia sobre la materia.

TEXTOS NORMATIVOS FUNDAMENTALES:

Constitución Política de 1980, arts. 6°, 7° y 38.
Ley N° 18.575 de 1986, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado

BIBLIOGRAFIA

CORDERO VEGA, Luis, La responsabilidad de la administración del Estado (Santiago, LexisNexis, 2003) 202 pp.

CORRAL TALCIANI., Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003), 300 p.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, "La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado de Chile: una breve revisión al estado actual de la discusión" en: *La responsabilidad patrimonial del Estado* (compilador: Marín González, Juan Carlos, México, Editorial Porrúa, 2004) pp. 107-135.

FIAMMA, Gustavo, "La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16, N° 2, julio-agosto de 1989.

HERNÁNDEZ PUSCHEL, Roberto, *Responsabilidad extracontractual objetiva del Estado a la luz de la jurisprudencia judicial entre los años 1992 y 2002*, Tesis para optar la grado de Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, octubre de 2003.

PIERRY A., Pedro. "Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCII (1995), N° 2.

Sanhueza Acosta, Ricardo, *Teoría general de la responsabilidad patrimonial extracontractual del estado administrador* (Santiago, LexisNexis, 2005).

SOTO KLOSS, Eduardo, "La responsabilidad pública (Un retorno a la idea clásica de restitución)", en *Revista de Derecho Público*, N° 27, año 1980, pp 133-171.

[60] El artículo 42 dispone: "*Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal*".

SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996) 2 tomos,359 y 480 pp.

XI. EL SERVICIO PÚBLICO (MERCADO, PRIVATIZACIÓN, REGULACIÓN)

Hablar de servicio público implica en lo esencial referirse a una actividad que posee el carácter de indispensable para la comunidad, que consiste en una actividad económica prestada de manera continua y regular, donde existe una declaración expresa (una *publicatio*) a través de una norma con rango de ley y que además su prestación por parte de la administración tiene un carácter monopólico y excluyente.

Lo anterior es dentro de la visión clásica de servicios de naturaleza pública, pues hoy la tendencia legislativa no es publificar actividades completas, sino a veces sólo fases o sectores de ella[61] a través principalmente de la concesión y además atribuirle a esta nueva administración facultades juzgadoras para que puedan resolver determinados conflictos que se producen en sectores económicos relevantes.

1. Desregulación y mercado. De especial interés son los sectores de telecomunicaciones, sanitario y eléctrico[62], rubros que constituyen actividades económicas relevantes, abiertas a la competencia, donde la Administración cumple un papel activo; en estos sectores la Administración no realiza la actividad prestacional misma, entendida como la actividad técnica por la cual se satisface directa y concretamente necesidades colectivas[63], sino sólo regula, juzga e interviene decidiendo conflictos entre usuario y administración. Este papel lo lleva adelante a través de las *Superintendencias* (órganos reguladores) que si bien surgen como un mecanismo de control de la calidad del servicio público prestado, en nuestra legislación sus facultades han sido muy potenciadas, al punto de poder imponer sanciones consistentes en elevadas multas en dinero[64].

En esencia, este nuevo modelo de servicio público constituye el resultado de la desregulación del mercado y la redefinición del rol del Estado en la economía, lo cual ha traído aparejado el imperio de un sistema político económico basado principalmente en la libre iniciativa privada, un rol subsidiario del Estado en la actividad económica empresarial, y de hecho sujetándolo a una prohibición general para ejercer tales actividades empresariales. Sólo podría el Estado realizar tales actividades en virtud de una autorización del legislador, cualificada y excepcional[65]. Esto trae aparejado, además, un amplio reconocimiento al derecho de propiedad.

En la práctica el rol del Estado se ha traducido en un instrumento de mero ordenamiento del ejercicio del derecho a desarrollar la libre iniciativa empresarial. Además a estos órganos regula-

[61] En el caso de la electricidad, sólo el sector de la distribución (desde 1982) y el transporte (desde 2004) son considerados servicio público, quedando desregulada la generación.

[62] Sobre el servicio público eléctrico y temas relativos al tema, ver: VERGARA BLANCO, Alejandro: *Derecho Eléctrico* (Editorial Jurídica, Santiago Chile, año 2004).

[63] CARMONA SANTANDER, Carlos: *Derecho Administrativo Avanzado: La Actividad Prestacional o Servicio Público* (Apuntes de Clases, Facultad de Derecho, Magíster de Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile), p. 40.

[64] Vid. la publicación del MINISTERIO DE ECONOMÍA, *Experiencias regulatorias de una década y propuestas para el futuro* (Santiago, LOM ediciones, 2000).

[65] Ver artículo 19 N° 21 de la Constitución.

dores se les ha dotado de amplias atribuciones y potestades, a través de las cuales pueden "regular" los distintos sectores.

2. Sectores desregulados: servicios públicos abiertos a la competencia. Los tres sectores de servicio público más caracterizados, por su apertura a la competencia, son:

a) El *sector eléctrico.* Actualmente está regulado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1/1982 que fija el texto de la ley general de Servicios Eléctricos, y junto a ella se encuentran el Decreto Ley N° 2.224/1978 que establece la Comisión Nacional de Energía (CNE), la Ley N° 18.410/1985 que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustible (SEC), más recientemente la ley N° 19.940 de fecha 12 de marzo de 2004, llamada *Ley Corta*, que fija procesos tarifarios del sector y crea un órgano denominado *Panel de Expertos*, dotado de competencia en materia contencioso administrativa en los conflictos entre empresas eléctricas y la Administración.

b) El *sector telecomunicaciones*. Aquí ocurre algo similar: tenemos la Ley N° 18.168/1982 General de Telecomunicaciones, el Decreto Ley N° 1.762/1977 relativo a la Subsecretaría de Telecomunicaciones, además de la distinta normativa técnica como Decreto N° 425 que "Aprueba el Reglamento del Servicio Público Telefónico", Decreto N° 189 que aprueba "Reglamento para el sistema de multiportador discado y contratado del servicio telefónico de larga distancia nacional e internacional" de 1994 y dictámenes de la Comisión Preventiva Central con el fin de prevenir conductas monopólicas en el sector.

c) El *sector sanitario*. Está regulado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 382/1988 Ley General de Servicios Sanitarios, Ley N° 18.902/1990 que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios, el Código de Aguas y el Decreto con Fuerza de Ley N° 70/1988 que establece la Ley de Tarifas de los Servicios Sanitarios.

3. Características comunes de estos servicios públicos. Cabe destacar algunos elementos comunes de estos servicios públicos, derivados del ineludible principio de subsidiariedad: a) están abiertos a la competencia; b) existe libre acceso, por la vía concesional, para los particulares que deseen prestarlos; c) son autónomos, d) son descentralizados, y, e) la Administración sólo puede llevar adelante su supervigilancia, a través de órganos reguladores.

Finalmente es posible observar que es necesario introducir reformas a la institucionalidad chilena, ya que su heterogeneidad y su falta de sistematización atentan contra una ordenación eficiente de la actividad económica, lo cual por decir lo menos es una paradoja, considerando que justamente es una actividad económica en particular la que cada uno de estos órganos pretende regular.

TEXTOS NORMATIVOS FUNDAMENTALES:

Decreto con Fuerza de Ley (D.F.L.) N° 1 de 1982, fija texto de la Ley General de Servicios Eléctricos.

Decreto con Fuerza de Ley (D.F.L.) N° 382 de 1988, fija Ley General de Servicios Sanitarios.

Ley 18.168 de 1982 General de Telecomunicaciones

Ley N° 18.410 de 1985 crea la Superintendencia de Electricidad y Combustible (SEC).

Ley N° 18.575 de 1986, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado.

Ley N° 18.902 de 1990, crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

BIBLIOGRAFÍA

CARMONA SANTANDER, Carlos: *Derecho Administrativo Avanzado: La Actividad Prestacional o Servicio Público* (Apuntes de Clases, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica), pp. 40.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, "Los órganos reguladores de actividades económicas relevantes en Chile: Una visión panorámica", en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30 N° 2, pp. 271-286 (2003).

MOGUILLANSKY, Graciela: *Las Reformas del sector de telecomunicaciones en Chile y el comportamiento de la inversión* (Serie Reformas Económicas, Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y El Caribe, Santiago Chile, 1998).

SILVA CIMMA, Enrique, *El servicio público en el derecho chileno y comparado* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996).

VERGARA BLANCO, Alejandro: "El nuevo servicio público abierto a la competencia: De la *publicatio* al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional" en: *Revista de Derecho Administrativo Económico*, vol. VI (2004) N°1.

VERGARA BLANCO, Alejandro, *Derecho Eléctrico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004) 439 pp.

XII. FUNCION PÚBLICA

1. Bases de la función pública. Están consagradas en la Constitución, en la Ley N° 18.575 de Bases de la Administración del Estado y en el Estatuto Administrativo[66]. El inciso 1° del artículo 38 de nuestra Constitución Política señala "*Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la captación y el perfeccionamiento de sus integrantes*". A partir de este artículo es posible señalar que la función pública en nuestro país posee una estructura que obedece al sistema de carrera, el que consiste en un sistema de promoción que permite a los funcionarios ascender en sus respectivos escalafones, de acuerdo con ciertos requisitos objetivos que indica le ley.

Además el mismo artículo 38[67] es fuente de otros principios en materia de función pública tales como: a) de la administración técnica-profesional, b) igualdad para el ingreso, c) igualdad para la capacitación y perfeccionamiento y d) de la responsabilidad funcionaria.

A su vez, la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575 contiene otros principios que son la base del sistema chileno como: a) principio de la jerarquía, b) de la apertura o generalidad, c) de la dignidad, d) de la responsabilidad en su triple aspecto [civil, penal y disciplinaria], e) de la apoliticidad y f) de la probidad.

[66] El Estatuto Administrativo, corresponde a la Ley N° 18.834, Diario Oficial de 23 de septiembre de 1989.

[67] Se vinculan también en el orden constitucional los artículos 24, 33, 60 N°1 en relación al art. 38, 62 N° 2 y 4 y art. 19 N° 17, 32 N°s 9,12,18 y 22 parte final.

2. Estatuto administrativo. Básico en el sistema normativo relativo a la "función pública" es el Estatuto Administrativo, encargado de regular las relaciones jurídicas que se producen entre los funcionarios y los órganos administrativos del Estado, esto es, la naturaleza del vínculo de función pública, los deberes, derechos, responsabilidad y cesación de funciones entre el personal que se desempeña en cargos de planta y en cargos a contrata. En nuestro país estas relaciones jurídicas estatutarias, son de índole contractual, tienen carácter vinculante y obligatorio, generando derechos y deberes para ambas partes de la relación, esto es, para el funcionario y para el órgano público en el que los primeros presten servicio[68].

3. La probidad administrativa. Especial mención merece este tema, dado que en el año 1999, comienza a regir en nuestro país la Ley N° 19.653 sobre *Probidad administrativa aplicable a los órganos de la Administración del Estado*, la que junto con establecer la obligación legal para los funcionarios de la administración del Estado de observar el principio de probidad administrativa, procede a definir ésta como *"la exigencia de observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general, sobre el particular"*[69].

TEXTOS NORMATIVOS FUNDAMENTALES

Constitución Política de 1980, arts. 24, 32 Ns. 9,12, y 18, 33, 38, 60 y 62 Ns° 2 y 4.
Ley N° 18.575 de 1986, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado
Ley N° 18.834 de 1989, que fija el Estatuto Administrativo.
Ley N° 19.563 de 1999, sobre Probidad Administrativa en los órganos de la Administración del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

BARRA GALLARDO, Nancy, *Probidad Administrativa* (Santiago, Editorial Lexis Nexos, 2002).

CALDERA DELGADO, Hugo, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I* (Ediciones Parlamento Ltda. Pröschle, Infante & Fierro Editores. 2001).

CALDERA DELGADO, Hugo, "Función de gobierno y función administrativa", en: *Revista de Derecho Público*, N° 49, 1991, pp. 205-215.

JORQUERA HERRERA, Norberto, *La Ley N° 19.653 y el principio de probidad administrativa: perfeccionando el marco de la regulación ética en la Administración Pública, en el Derecho Positivo Chileno*, tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Octubre de 2000.

OJEDA OJEDA, Bernardo, *Estatuto Administrativo y normas complementarias* (Santiago, Lom Ediciones, 2004).

[68] Ver artículo 1° Ley N° 18.834.

[69] Nuevo artículo 54, inciso 2° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

XIII. URBANISMO, MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. Urbanismo. En materia urbanística existen algunos hitos en nuestra legislación, como por ejemplo: *La Ley General de Construcciones y Urbanismo*[70] que a la fecha ha sufrido varias modificaciones[71] y que ha sido llevada a su aplicación práctica a través de la dictación de su correspondiente Ordenanza contenida en el D.S. 47, Diario Oficial del 19 de mayo de 1992. Destaca también la dictación de la ley N° 16.391 por la cual se crea el Ministerio de Vivienda y Urbanismo[72], a través del cual se puso fin a la dispersión institucional en la materia[73] y se dio paso a cinco instituciones autónomas relacionadas con la cartera, que fueron La Corporación de la Vivienda, la Corporación de Servicios Habitacionales, la Corporación de Mejoramiento Urbano, y la Corporación de Obras Urbanas y la Caja Central de Ahorros y Préstamos. Con la llegada del gobierno militar este Ministerio sufrirá una restructuración mayor pues de aquí al futuro su accionar será desconcentrado a través de las llamadas Secretarías Regionales Ministeriales (SEREMIS) una por región (13 en total), más trece Servicios Regionales de la Vivienda Urbanismo, conocidos como SERVIU, que se encargarían de las tareas originalmente radicadas en las corporaciones anteriormente señaladas. Otro antecedente importante en la materia lo constituyó en el año 1979 la Política Nacional de Desarrollo Urbano, que en lo esencial establecía la no escasez del suelo urbano y pregonaba más bien la expansión de las áreas urbanas.

2. Urbanismo y medio ambiente. En la actualidad la legislación urbanística nacional va de la mano con la legislación ambiental. Efectivamente tras la dictación de la Ley N° 19.300 de Bases del Medio Ambiente[74], comienza a exigirse la evaluación ambiental de planes y proyectos inmobiliarios y también han debido adecuarse los instrumentos de planificación, léase "planes reguladores". Efectivamente, por ejemplo se han incluido dentro de las obligaciones del urbanizador las de ejecutar plantaciones y obras de ornato del terreno[75], implementar obras de desagüe de aguas lluvias, es decir, colectores[76].

Quizás donde la relación obligada entre urbanismo y medioambiente sea más patente, sea la necesidad imperiosa que todo instrumento de planificación territorial, llámese plan regional de desarrollo urbano, planes intercomunales, planes reguladores comunales y los planes seccionales, para ser aprobado requiere necesariamente antes ser evaluado a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, (SEIA) donde la autoridad competente, esto es, CONAMA (Comisión Nacional del Medioambiente), está llamada a recabar todos los antecedentes de las distintas instancias administrativas que hagan o no viable ambientalmente un proyecto.

En la práctica la tarea de armonizar el interés ambiental con el envuelto en cada proyecto urbanístico no ha sido fácil, pues una vez más se ven enfrentados el interés público versos el

[70] DFL 224 en Diario Oficial de fecha 05 de agosto de 1953

[71] Decreto Supremo N° 1.050 (Diario Oficial del 9 de julio de 1960) fija el texto "definitivo" del D.F.L. N° 224. Tres años después se dicta el Decreto Supremo N° 880 (Diario Oficial del 16 de mayo de 1963) que vuelve a fijar el texto del D.F.L. N° 224, esta vez incluyendo normas de la Ley N° 6.071 sobre propiedad horizontal

[72] La fecha exacta de nacimiento de este Ministerio fue el 16 de diciembre de 1965.

[73] Hasta antes de la creación del señalado Ministerio existían alrededor de 23 instituciones que se dedicaban a la vivienda social.

[74] Decreto Supremo N° 30/97, Diario Oficial de 3 de abril de 1997

[75] Ley N° 19.057, Diario Oficial del 3 de mayo de 1991)

[76] Ley N° 19.525, Diario Oficial del 10 de noviembre de 1997.

privado. Un ejemplo patente de esta situación lo constituye el Decreto ley N° 3.516[77] en virtud del cual se permite la subdivisión de terrenos rústicos[78], hasta en paños de 0,5 hectáreas, que usado en conjunto con el artículo 55 de la Ley General de Construcciones y Urbanismo que permite el cambio de uso de suelo, resulta generar una situación de ciudad fuera de la ciudad, pues la urbanización comienza justamente fuera de lo que la ley ha definido como límite urbano, naciendo así lo que conocemos como "parcelas de agrado" que constituyen una segunda vivienda para el habitante de ciudad y que en la práctica se ha traducido en un doblamiento no regulado del sector rural. Consecuencias de lo anterior hay muchas, desde pérdida de suelos agrícolas, contaminación, doblamiento inorgánico, etc. Causas también pueden esgrimirse varias, pero justamente una de ellas se radica en la falta de una política de ordenamiento del territorio.

3. Ordenación del territorio. Efectivamente, zonas como las descritas anteriormente están definidas como rurales y ubicadas en sectores que por ejemplo genéricamente se comprenden bajo el nombre de "Borde Costero"[79]. Esta área extensa en nuestro país en atención a los mas de 4.000 kilómetros de costa no cuenta con una normativa orgánica, coordinada y sistematizada que defina pro ejemplo usos preferentes en área determinadas o que asuma la zonificación como una herramienta eficaz de ordenación territorial.

En síntesis a nivel nacional, la legislación urbanística y medioambiental, se ha caracterizado por ir en constante evolución, sin embargo, carece muchas veces de la necesaria difusión y de una correcta armonización, lo que deja a los particulares en ciertos niveles de indefensión, que de alguna manera ha sido suplida por la participación ciudadana promovida por la Ley de Bases del Medioambiente y su reglamento, al hacer públicos los distintos proyectos y permitir realizar observaciones y oposiciones al mismo por parte del ciudadano común.

La administración de cada uno de los distintos bienes públicos situados a lo largo del territorio nacional, no está exenta de dificultades, dadas esencialmente por la frondosa normativa respecto de las zonas o espacios definidos como públicos, su dispersión y la falta de coordinación en la acción y gestión que llevan a cabo las autoridades competentes[80]. Competencia por cierto que muchas veces se yuxtapone y que trae aparejado conflictos en el uso de estas áreas, especialmente sensibles por ser muchas de ellas recursos naturales no renovables. El punto parece ser la falta de "unidad administrativa", en virtud de la cual se supone la necesidad que exista armonía en las atribuciones de dirección de cada servicio, para evitar que las responsabilidades se diluyan y los controles se hagan ineficaces, siendo esencial que el ámbito de acción de cada órgano del Estado, es decir, su competencia, esté perfectamente definido, de no ser así de seguro se presentarán conflictos.

[77] Diario oficial del 1 de diciembre de 1980

[78] Se entiende por terreno rústico todo aquel que tenga una *aptitud agrícola, ganadera o forestal*

[79] Ver *Política Nacional de Uso del Borde Costero.*

[80] Por ejemplo y sólo en lo que respecta a la zona definida como Borde Costero, dentro de la cual se comprenden las playas (definidas como bienes nacionales de uso público): (i) la Subsecretaría de Marine tiene a su cargo las concesiones marítimas, (ii) la Dirección de Obras Portuarias la implementación de obras como defensas ribereñas, habilitación de muelles, (iii) el Ministerio de Vivienda y Urbanismo la aplicación de planes reguladores en zonas costeras, (iv) el Ministerio de Bienes Nacionales tiene a su cargo la regularización de la propiedad de las caletas de pescadores, (v) la Secretaría Ejecutiva de la Comisión de Planificación de Inversiones en Infraestructura y Transporte (Sectra) que define y estudia las nuevas inversiones portuarias, etc. La enumeración por cierto es larga.

TEXTOS NORMATIVOS FUNDAMENTALES

Decreto con Fuerza de Ley N° 458 de 1976, aprueba nueva Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Decreto Supremo N° 47, de 1992, fija nuevo texto de la Ordenanza de la ley general de Urbanismo y Construcciones.

Ley N° 19.300 de 1994, aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Decreto Supremo N° 95 de 2001, fija el Reglamento del Sistema de Impacto Ambiental.

Decreto Ley N° 1.939 de 1979, establece Normas sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado.

Decreto Supremo N° 166 de 1999, fija el Reglamento del Consejo Consultivo de la Comisión Nacional y Comisiones Regionales del Medio Ambiente.

Decreto Supremo N° 94 de 1995, establece el Reglamento que fija el procedimiento para establecer planes de prevención y descontaminación.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA:

BARRA GALLARDO, Nancy, *Ley N° 19.300: Historia y perspectiva actual*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1995.

CALDERA DELGADO, Hugo, "La garantía constitucional del derecho de propiedad y la propiedad", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. VI, 1979, pp. 312-335.

CAMUS ROCUANT, Lucía y SIMPSON ORELLANA, Edith, *Análisis de algunos aspectos de la legislación habitacional y urbanística chilena. Pautas para una reforma urbana habitacional.* Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Católica de Valparaíso, 1971.

CONAMA, *Políticas, instrumentos, educación e investigación ambientales. Competencias Ambientales.*, Documento N° 8 Serie Jurídica, Noviembre 1996.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Angel, "Instrumentos jurídicos para una política urbana", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XX, 1993, pp. 261-270.

FOXLEY, Juan Cristóbal, *Protección eficaz del medio ambiente aspectos jurídicos de la preservación ambiental*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1991.

JARA AMIGO, Rony, "Instrumentos jurídicos para una política urbana", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20 N°s 2 y 3, 1993, pp. 261-270.

RAJEVIC MOSLER, Enrique, "Derecho y legislación urbanística en Chile", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica, Vol II, N° 2 (2000) pp. 527 a 548.

XIV. BIENES PÚBLICOS

1. Los bienes públicos en el Código Civil y su explicación clásica. Nuestro Código Civil dispone: "Se llaman *bienes nacionales* aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. / Si

además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación como el de las calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman *bienes nacionales de uso público o bienes públicos*"[81].

La enumeración contenida en la definición anterior es sólo ejemplar, no taxativa pues conforme otras disposiciones del mismo Código podemos señalar también como bienes públicos los ríos y lagos navegables por buques de más de cien toneladas[82-83]. Luego también son consideradas dentro de esta clase de bienes las aguas según lo declara el Código de aguas en su artículo 5°[84].

Conforme nuestra doctrina nacional, y en atención a la definición contenida en el Código Civil se consideran como características esenciales de estos bienes las siguientes:

(i) *Su uso pertenece a todos los habitantes de la nación*, por ende estamos frente a un uso también de naturaleza pública, subsecuentemente libre[85], gratuito[86] e igualitario[87].

(ii) Son *incomerciables,* es decir, res extra comercium. Es de hacerse notar que en nuestro país no existe disposición legal expresa que reconozca este principio, sin embargo existen disposiciones en nuestro Código Civil que permiten concluirlo, como por ejemplo el artículo 1464 que prescribe objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio[88].

(iii) *Inalienables*, característica por la cual se garantiza la afectación de estos bienes a una utilidad general, lo cual se logra en la medida que impide la transferencia de estos bienes del patrimonio público a otro de una naturaleza distinta[89].

(iv) *Imprescriptible* en razón de la defensa y protección de estos bienes frente a eventuales usurpaciones que puedan hacer los particulares en razón de la posesión de los mismos durante cierto lapso de tiempo[90].

(v) Finalmente son *inembargables,* característica que es consecuencia de su nota de incomerciabilidad. Luego, y como consecuencia de cada una de las características enunciadas

[81] Artículo 589 del Código Civil chileno.

[82] Artículo 595 del Código Civil Chileno.

[83] Existe a nivel nacional un catastro realizado por la Subsecretaría de Marina perteneciente al Ministerio de Defensa Nacional, a través del cual se ha fijado un listado de cuáles son los ríos y lagos navegables por buques de más de cien toneladas en razón de las distintas Gobernaciones Marítimas o Capitanías de Puerto. Ver Decreto Supremo N° 11 y 12 de 1998.

[84] Artículo 5° del Código de Aguas: "*Las aguas son bienes nacionales de uso público...*"

[85] *Libre*, en tanto cualquier persona, nacional o extranjera puede desarrollar en estos espacios toda actividad no prohibida por la ley, contraria a la moral o las buenas costumbres, sin necesidad de una autorización por parte de la administración pública y sin necesidad de una cualificación especial.

[86] *Gratuito*, en tanto a unidades adicionales en el uso del bien se les puede atribuir costo cero. Por ejemplo tratándose de una playa pública, su acceso es gratuito independientemente que la visite una persona o cien.

[87] *Igualitario*, en tanto sea libre, pues el libre uso se realiza justamente garantizando la igualdad real y efectiva de los ciudadanos.

[88] También hay otros artículos en el mismo cuerpo legal como el 1810 por el cual se dispone que no pueden venderse aquellas cosas cuya enajenación está prohibida por ley o el art. 2498 que establece que se gana por prescripción el dominio de los bienes raíces o muebles, que están en el comercio humano, y que se han poseído con las condiciones legales.

[89] Esta característica tiene como excepción que opere la desafectación del bien respectivo como bien nacional de uso público, dejando de prestar la utilidad a la cual estaba destinado, pudiendo entonces ser enajenado. Un caso reconocido por la doctrina nacional es el que puede presentarse respecto de la "playa de mar" por el fenómeno conocido como "degradación". Este ocurre cuando se retira el mar y aquella zona terrestre que las olas bañaban y desocupaban alternativamente hasta las más altas mareas pasa a ser una franja de tierra sobrante, quedando en consecuencia desafectada como bien nacional de uso público y pasando a ser un bien nacional fiscal, por tanto enajenable, comerciable y transferible conforme las reglas del derecho privado.

[90] Nuestro Código Civil dispone en su artículo 2.498 "*...se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano*", por tanto, a contrario sensu, las *res extra comercium*, no pueden ganarse por prescripción, es más ni siquiera son suceptibles de posesión.

resulta impeditivo para la autoridad correspondiente otorgar respecto de estos bienes de naturaleza pública permisos y/o concesiones, que posibilitaren un uso privativo sobre ellos.

2. Aporte de la Constitución de 1980: una summa divisio *nueva de los bienes públicos.* Cabe en esta materia un análisis más detenido, pues la CP fue claramente original. En efecto, contiene la CP (es la novedosa disposición del art. 19nº23) que tiene la virtualidad de: (i) realizar una *summa divisio* que modifica y reconfigura el ordenamiento jurídico chileno a este respecto; e (ii) incorpora una garantía constitucional que limita el régimen legal a que pueden ser sometidas las cosas o los bienes,

A partir de los términos de la Constitución se precisa una antigua clasificación, describiendo ahora el texto constitucional las posibilidades de acceso de los particulares al dominio de los bienes y, de paso, dejando claramente eliminadas las posibilidades de que el Estado pueda llegar a ostentar un papel de titular de los bienes no privados. Así, según veremos (dejando de lado los bienes comunes a todos los hombres) las cosas en Chile, hoy: o son públicas (nunca estatales, a raíz de la clara contraposición Estado/Nación que articula la Constitución en esta materia) o son privadas.

A la dualidad público/privado (*publicatio/apropriatio*), que hemos reseñado antes (y que es la que tiene una real operatividad práctica), la Constitución ha antepuesto las *res communis omnium*; por lo que la *summa divisio* de las cosas que resulta de la CP es la siguiente: bienes comunes a todos los hombres (i), públicos (ii) y, en fin, privados (c). Desarrollaré algunas ideas básicas sobre el estatuto jurídico de cada una de estas clases de bienes.

A/ Los bienes comunes a todos los hombres. Usualmente se considera en tal categoría al aire [no el espacio geográfico] y el alta mar [y la estratosfera]. El régimen de estos bienes es de la no apropiabilidad. Son los llamados bienes "libres". Su régimen jurídico consiste precisamente en su no-regulación.

B) Los bienes públicos o nacionales. En una situación claramente definida han quedado los bienes públicos o nacionales de uso público o "que deban pertenecer a la Nación toda", concepto éste cercano a "pueblo", en quien reside la soberanía, y que por eso mismo los aleja de cualquier titularidad estatal. Por lo tanto, estos bienes que deban pertenecer a la "Nación toda" no corresponden ni pertenecen al Estado, ni a alguno de sus órganos. Debe recordarse que el Estado es un concepto al que la propia Constitución le da expresamente un contenido diferente a "Nación"; aclaración esta que podrá parecer trivial, pero que en el habla común suele confundirse o teñirse de confusiones, lo que hace al tema algo ambiguo; así, se suele decir que existirían bienes "nacionales del Estado", como si decir que un bien "es" de la Nación fuese lo mismo que decir que un bien "es" del Estado.

Son bienes públicos los que la legislación denomina *"bienes nacionales de uso público"*, como las *"calles, plazas, puentes y caminos"*; o las aguas; o los álveos o lechos de ríos o lagos, el mar adyacente, entre otros.

Y esta inapropiabilidad o impedimento general para adquirir rige no sólo para todo tipo de personas, naturales o jurídicas (particulares) y otras personas de derecho público (como el Estado/fisco, los Gobiernos regionales y las municipalidades, que actúan en materia de bienes igual que los "particulares"), sino que también para el propio Estado, en ese sentido genérico que los anteriores textos constitucionales lo han entendido. Por lo que, a partir de la vigencia de la Constitución de 1980, el Estado no es una "entidad" habilitada para ser titular, en bloque, de bienes o categorías de bienes de alto interés social; sólo quedarán para la "Nación toda", al uso "del público".

Lo que sí puede suceder con estos bienes es dejar de ser nacionales o públicos, ya sea por una desafección genérica (cuando desaparezca el "interés nacional" a que se refiere la Constitución, y se realice por ley de quórum calificado), o por una excepcionalísima desafectación particular (un trozo de camino público abandonado).

C) Los bienes privados (o sometidos a su régimen). Trátase del régimen general de los bienes de las personas, naturales o jurídicas (particulares), y de las otras personas jurídicas de derecho público (como el Estado/fisco, los Gobiernos regionales, las municipalidades y otras entidades con personalidad jurídica propia, distinta del fisco, que actúan en materia de bienes igual que los "particulares"). Todos los bienes no publificados (esto es, que no son públicos) están sometidos al régimen de los bienes privados, o a la "legislación común aplicable a los particulares". Estos bienes son todos los que no son "comunes a todos los hombres" o "que deban pertenecer a la Nación toda", y al respecto existen varias clases: los de los particulares; los fiscales; los regionales, los municipales y, en fin, los de personas jurídicas de derecho público con estatutos especiales.

Podemos decir que estos bienes son todos aquellos que no son públicos, o sea, todos aquellos "cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes", y que pertenecen directamente a una persona, ya sea un particular, o a personas jurídicas de derecho privado o de derecho público; o, entre estas últimas, están destinados por el Estado a uno de sus organismos fiscales o son regionales y municipales.

Todos estos bienes se rigen por el derecho común (esto es, el derecho civil), y cualquier alteración de su estatuto de adquisición está regulado por el art. 19nº23 CP.

1º Los bienes privados (o propios) de los particulares. Tradicionalmente han estado regulados en un texto codificado, en donde se establece un legislación aplicable a todos los bienes de particulares (ya sea personas naturales o jurídicas, de las que llamamos de derecho privado). Tales bienes privados de un particular (artículo 582 del Código Civil) se rigen por el derecho llamado *"común"* creado para ello; pero, es en el fondo el régimen que corresponde sólo a los bienes de tales personas, y que es común supletorio sólo respecto de los bienes de otros titulares sometidos al régimen privado, que se enumeran en seguida (pero tal régimen privado no podrá ser en ningún caso supletorio del régimen de los bienes públicos: hay una incompatibilidad de naturaleza y principios, *ab origine*: es la consecuencia de la dualidad *publicatio/apropriatio*).

2º Los bienes privados (o propios) del Estado/fisco. También llamados "fiscales", están sometidos a este mismo régimen general de bienes privados, por lo que sobre ellos el Estado/fisco tendrá propiedad; se los ha podido apropiar, por su naturaleza. El "Estado", como fisco, es una verdadera persona jurídica de derecho público, a cuyos órganos se les destinan algunos bienes. Así los órganos del Estado, para llevar adelante sus tareas (arts. 6 y 7 CP) deben adquirir bienes, con los fondos que obtiene por la vía tributaria (obviamente que históricamente el fisco ya tiene un patrimonio).

Los bienes fiscales o bienes del Estado, se rigen por el "derecho común", al igual que todo otro bien privado. La propia legislación vigente es explícita: tienen la misma naturaleza de un bien privado; lo que ocurre es que su titular es una persona jurídica de derecho público: el fisco. Además, según la ley estos bienes del Estado *"se someterán a las normas del derecho común"*, y a lo que señalen, en cuanto a su uso y goce a favor de los particulares, las leyes especiales. De este modo, por ejemplo, la Ley de Servicios Eléctricos, pone en un pie de igualdad a los bienes fiscales con los demás bienes de particulares, pues ambos están sometidos al régimen jurídico de los bienes "privados".

En todo lo que no se diga en estatutos legales especiales, estos bienes del Estado quedan sometidos a la legislación "civil" o "común" de los demás dominios; así, por ejemplo, todos los bienes fiscales son perfectamente prescriptibles (art. 2497 CC); pues la imprescriptibilidad no es un privilegio de los bienes fiscales; y ello difícilmente podría establecerse por ley, dada la necesaria igualdad de régimen con los bienes de particulares.

3° Los bienes privados (o propios) de los gobiernos regionales. Son aquellos que conforman el "patrimonio propio" de la persona jurídica de derecho público denominada "Gobierno Regional" (art. 100inc.3° CP). A su respecto rigen las mismas apreciaciones señaladas para los bienes fiscales, salvas las reglas especiales establecidas en la ley respectiva.

4° Los bienes privados (o propios) de las municipalidades. Los llamados bienes municipales son los propios de cada municipalidad; esto es, son los que conforman el "patrimonio propio" de la persona jurídica (corporación autónoma) de derecho público denominada municipalidad (art. 107inc.2° CP). Los bienes municipales, por expresa disposición de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades (artículo 27), se rigen por el derecho llamado *"común"*.

La legislación sectorial municipal también es explícita, al señalar que éstos "se sujetan a las normas de derecho común", y, en seguida, que éstos *"sólo podrán ser enajenados, gravados o arrendados en caso de necesidad o utilidad manifiesta"* (artículo 28 inciso 1°, Ley n° 18.695).

De acuerdo a lo anterior, la naturaleza jurídica de los bienes privados o propios del fisco (fiscales), de los gobiernos regionales (regionales) y de las municipalidades (municipales) se ha de estudiar en general a la luz de los principios del derecho privado, pues estos bienes son, en efecto, una propiedad estatal, cuya titularidad está asignada a los servicios o reparticiones fiscales o a los gobiernos regionales o a las municipalidades, respectivamente, a las que está destinada.

3. Reparto de competencias administrativas en materia de bienes públicos. En fin, en cuanto a los servicios públicos, en sentido orgánico, llamados a supervigilar y con competencia respecto de la conservación ydel buen uso público de estos bienes, podemos señalar a:

(i) la Subsecretaría de Marina[91] del Ministerio de Defensa Nacional que en términos generales ejerce competencia sobre todo el dominio público "marítimo", constituido por el *mar adyacente* (que a su vez comprende el mar territorial[92], la zona contigua[93] y la zona económica exclusiva[94]), *sus playas* y la *plataforma continental.*

(ii) la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas, que ejerce a nivel nacional la supervigilancia del llamado dominio público "terrestre" conformado por calles[95], plazas, puentes

[91] Este Ministerio tiene el control, fiscalización y supervigilancia de toda la costa y mar territorial de la República, y de los ríos y lagos navegables por buques de mas de cien toneladas. Facultad consagrada en Decreto con Fuerza de Ley N° 340 de 1960 sobre "Concesiones Marítimas", artículo 1°. Decreto Supremo N° 660 de 1988 que aprobó nuevo Reglamento sobre Concesiones Marítimas, art, 2°.

[92] El mar territorial es *"aquella parte de la superficie marítima que baña la costa de un Estado, extendiéndose hasta la distancia de las doce millas"* (art. 593 del Código Civil). En este espacio se entiende que el país tiene plenitud de soberanía y su objetivo general es de defensa nacional.

[93] La zona contigua es *"aquella faja marítima situada más allá del límite externo del mar territorial y que se extiende hasta las 24 millas"* (art. 593 del Código Civil).

[94] La zona económica exclusiva, también llamado mar patrimonial es *"aquella parte del mar adyacente sobre el cual el estado ribereño goza del derecho de conservar y explotar las riquezas del mar, de su suelo y subsuelo"* (art. 596 del Código Civil).

[95] La calle conforme lo define la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones es *"una vía vehicular de cualquier tipo que comunica con otras vías y que comprende tanto las calzadas como las ceras entre dos propiedades privadas o dos espacios de uso público o entre una propiedad y un espacio de uso público"*.

y caminos (públicos)[96-97]. A nivel comunal quien ejerce esta función es la municipalidad respectiva.

(iii) La Dirección General de Aguas[98] perteneciente al Ministerio de Obras Públicas, cuyo rol fundamental es administrar y regular el uso del recurso agua y la concesión de los derechos de aprovechamiento que puedan recaer sobre estas y en definitiva velar por el dominio público "fluvial y lacustre" nacional. Interesante es señalar que las aguas adquirieron en nuestro país la calidad de bienes nacionales de uso público con dictación de la Ley de Reforma Agraria Nº 16.640, que además de declararlas como tales agregó que *"que para el sólo efecto de incorporarlas al dominio público, declárense de utilidad pública y expropiénse todas las aguas, que a la fecha de vigencia de la mencionada ley, eran de dominio particular"*; con esto los particulares podrían continuar usando las aguas pero sólo en tanto titulares de un derecho de aprovechamiento sobre ellas[99].

(iv) La Dirección General de Aeronaútica que ejerce competencia en todo lo relativo al espacio público "aéreo", entendido como aquel que está constituido por el espacio atmosférico que se superpone al territorio marítimo-terrestre nacional.

(v) Finalmente, cabe apuntar que la Contraloría General de la República en sus dictámenes Nºs 43.468 de 1964 y 41.443 de 1995, ha radicado el control superior sobre los bienes nacionales de uso público en el Ministerio de Bienes Nacionales señalando *"el control superior consiste en cuidar que los bienes nacionales de uso público se respeten y conserven para el fin a que están destinados, impedir que se ocupe todo o parte de ellos y que se realicen obras que hagan imposible o dificulten el uso común, siendo entonces su sentido y alcance el de preservar la característica esencial de esos bienes"*[100]. La misma Contraloría agrega en su dictámen Nº 43.468 *"...cuando a juicio del Ministerio de Bienes Nacionales se vea gravemente afectado el uso común de un bien nacional de uso público deberá, esa Secretaría de Estado, en ejercicio de su función de control superior, dar a conocer dicha circunstancia al órgano encargado de su administración, a fin que esta autoridad adopte las medidas que sean procedentes para el debido respeto al uso común de aquellos bienes"*.

[96] Camino público es *"toda vía de comunicación terrestre destinada al libre tránsito, situada fuera de los límites urbanos de una población y cuyas fajas son bienes nacionales de uso público"*. Definición del Decreto con Fuerza de Ley Nº 206 de 1960 cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fijó el Decreto con Fuerza de Ley Nº 850 del Ministerio de Obras Públicas, publicado en Diario Oficial del 25 de febrero de 1988.

[97] El Código Civil en el art. 592 define lo que entiende como caminos "privados" *como aquellos construidos a expensas de personas particulares en tierras que les pertenecen, no son bienes nacionales, aunque los dueños permitan su uso y goce a todos.*

[98] Esta Dirección fue creada por el Decreto Nº 1037 del Ministerio de Obras Públicas en 1969 en cumplimiento de la Ley Nº 16.640 de Reforma Agraria.

[99] Conforme al artículo 6º del Código de Aguas *"El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código. Este derecho es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley"*. Otras características de este derecho de aprovechamiento lo constituyen que: (i) es un *derecho real mueble* por naturaleza, pero si las aguas estuvieren destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble entonces se reputará inmueble por destinación. (ii) Se expresa en *volumen por unidad de tiempo*. (iii) Es de libre disposición. (iv) Puede hipotecarse. (v) Puede ser embargado y ser objeto de medidas precautorias. (vi) No es de ejercicio obligatorio, ni tampoco está afecto a una finalidad ni cantidad determinada. (vii) Comprende la concesión de los terrenos de dominio público necesarios para hacerlo efectivo. (viii) Conlleva la facultad de imponer las servidumbres necesarias para su ejercicio.

[100] Citado en: ALVAREZ TORRES, Sandra, *El Borde Costero y su uso*, Tesis en Derecho, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2001, p. 127.

TEXTOS NORMATIVOS FUNDAMENTALES

Código Civil, arts. 589 y 595

Código de Aguas, art. 5°.

Constitución Política de 1980, artículo 19 N° 24, inciso 6 al 10

Decreto Supremo N° 11 y 12 de 1998, que establece el catastro a nivel nacional de los ríos y lagos navegables por buques de más de cien toneladas.

Decreto con Fuerza de Ley N° 850 de 1998 sobre Administración de Obras Públicas y Caminos Públicos, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964 y el Decreto con Fuerza de Ley N° 206, de 1960.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA:

CARMONA S. Carlos. "Derecho de Acceso y Uso de Playas; y Concesiones Marítimas", en: *Seminario Lagos de Chile: Políticas para el uso sustentable de sus riberas* (Universidad Austral– Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Puerto Varas, 18-19 de noviembre de 1993).

CLARO DEL SOLAR, Luis, *Derecho Civil Chileno y Comparado. "De los Bienes"* (Imprenta Nascimiento, Santiago, Chile, 1940).

GUZMÁN ALCALDE, Alberto y RAVERA HERRERA, Ernesto, *Estudio de las Aguas en el derecho chileno* (Ediciones Jurídicas "La Ley", Santiago, 1993).

MONTT OYARZÚN, Santiago: *El Dominio Público. Estudio de su régimen especial de protección y utilización* (Santiago, ConoSur-LexisNexis, 2002) 421 pp.

ROZAS VIAL, Fernando, *Derecho Civil. "De los Bienes"* (Editorial Jurídica de Chile, 1984.).

VERGARA BLANCO, Alejandro: *Principios y sistema del derecho minero. Estudio histórico-dogmático* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 433 pp.

VERGARA BLANCO, Alejandro: "Tres problemas actuales sobre bienes del dominio público: caminos privados de uso público; acceso a playas de mar y a orillas de ríos y lagos; y, subsuelo de bienes públicos", en: *Revista de Derecho* (Universidad Católica de Valparaíso), vol. 18, (1996, 2).

VERGARA BLANCO, Alejandro: *Derecho de Aguas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 2 tomos.

VERGARA BLANCO, Alejandro: "Naturaleza jurídica de los "bienes nacionales de uso público", en: *Ius publicum*, N° 3, (1999) pp. 73-83.

VERGARA BLANCO, Alejandro: "El novísimo derecho de los bienes públicos y recursos naturales en Chile. Publicatio y Derechos Reales administrativos", en: *Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, legislación y Jurisprudencia* (Buenos Aires) 2004.

VERGARA BLANCO, Alejandro. "La summa divisio de bienes y recursos naturales en la Constitución de 1980". *Ius Publicum* N° 12 (2004) 105-126.

VERGARA BLANCO, Alejandro: "Público y privado ante la dogmática y la teoría del derecho. En especial, las disciplinas de bienes públicos, minas y aguas", en: *Revista de Derecho Público*, vol. 66 (2004) pp. 495-524.

PANORAMA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA (2004)*

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Director Departamento de Derecho Administrativo
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Externado de Colombia

* Texto elaborado para el *Coloquio sobre Derecho Administrativo Iberoamericano*, organizado por el profesor Santiago González-Varas Ibáñez, Universidad de Alicante, Alicante, octubre 2004. Para su redacción se ha seguido el "guión" propuesto por el equipo coordinador.

I. EVOLUCIÓN Y MODELO REGULATIVO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, BASE CONSTITUCIONAL Y CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y FUENTES.

1. Evolución del modelo de administración pública en Colombia.

Desde el mismo momento del descubrimiento la mayor preocupación de los reyes de Castilla fue la de dotar a los territorios incorporados a la Corona de un régimen jurídico que les permitiera administrar, gobernar, ejercer justicia y garantizar la seguridad y la hacienda de estos enormes territorios. Para estos efectos se hicieron extensivas al nuevo continente las leyes e instituciones del reino de Castilla y se implementaron, con el transcurso del tiempo y las necesidades que creaban la conquista y la colonia, normas especiales e instituciones novedosas.

Son muchas las imprecisiones que se cometen cuando se pretende describir la organización territorial y el gobierno de los territorios americanos bajo el dominio español. Se tiene la idea que la división territorial y de gobierno comprendían un sistema en cuya cabeza estaba el rey, con la inmediata colaboración del Consejo de Indias, del que se desprendían los virreinatos, los cuales se subdividían, a su vez, en audiencias, y éstas en gobernaciones; las gobernaciones, por su parte, en corregimientos o alcaldías mayores, que venían de esta forma a constituir una especie de nivel local.

Sin embargo, esta concepción que tradicionalmente presentan los historiadores no es cierta desde el punto de vista jurídico. Un análisis de la organización española desde esta perspectiva nos señala que la división territorial y el gobierno de los territorios españoles en América correspondió a una proyección de la concepción absolutista del ejercicio del poder que comenzaba a decantar responsabilidades según sus afinidades. De esta forma identificaba como funciones básicas del soberano que ameritaban el auxilio de órganos y servidores especiales las conocidas como: gubernativa, de justicia, militar y de hacienda, a las que posteriormente se agregaría la política en cuanto acercamiento del rey a los súbditos americanos.

De esta forma se desarrolló en lo político una división territorial básica: el virreinato, con el que se pretendió integrar aquellos territorios sujetos a los grandes imperios indígenas sometidos por la barbarie conquistadora (azteca e inca) y que desde los inicios mismos de la conquista habían sido integrados bajo el concepto de provincias, en que desde el comienzo se dividió el territorio americano. El nivel político de la organización española en América implicaba para su ejercicio un estricto orden jerárquico a cuya cabeza se encontraba el rey con la colaboración inmediata del denominado Consejo de Indias. En América la función estaba a cargo del virrey,

lugarteniente general del rey, a cuyo cargo se encontraba en el territorio asignado la alta dirección de la política real.

Se trataba del más importante cargo en la América española que implicaba para su titular llevar la representación personal del monarca. En palabras de GARCÍA GALLO, el virrey era para el rey un *alter ego*; y para el reino al que se le enviaba, la encarnación del monarca: "los poderes del virrey son los mismos del rey –aunque, como recibidos de éste y ejercidos en su representación, están supeditados a las órdenes e instrucciones que el monarca pueda darle–, con excepción de las que éste se haya reservado personalmente. Se extienden incluso a la facultad de legislar dictando provisiones en nombre del monarca aunque firmadas por él y a la facultad suprema de gracia que no tienen otros oficios"[1].

La función gubernativa se vinculaba desde el punto de vista de la organización territorial al concepto de provincia, y desde la perspectiva del oficio al cargo de gobernador. Lo gubernativo, dentro de los intentos españoles de diferenciar las funciones del soberano, está en directa relación con lo que actualmente conocemos como administración, en contraposición a la función de justicia. Las provincias fueron las primeras divisiones territoriales de la América española que se formaron a partir del descubrimiento y población de los nuevos territorios. En el siglo XVI constituyeron las unidades básicas del gobierno territorial en las Indias. Las provincias o gobernaciones, como también se las llamó por estar a cargo de un gobernador, al principio dependían directamente del rey. Del rey también dependía su gobernador, que dentro del derecho castellano correspondía a la figura del corregidor. Sus funciones se enmarcaban dentro del concepto de gobierno ordinario; esto es, los asuntos propiamente administrativos del territorio a su cargo, que no eran políticos o generales ni de justicia. Se trataba, en síntesis, de la actividad cotidiana de la cosa pública, en lo que se dio en llamar en términos castellanos como "las cosas menudas de la administración"[2].

Las funciones de justicia y militares estaban a cargo de las reales audiencias, las primeras, y de las capitanías generales, las segundas. Se caracterizaban desde el punto de vista territorial porque tenían asignado un territorio para el ejercicio de sus competencias o jurisdicción, que no necesariamente debía corresponder con los límites territoriales de una provincia. En la práctica, las audiencias y capitanías ejercían sus funciones sobre dos o más provincias, independientemente por lo tanto de la circunscripción de los gobernadores. Este aspecto organizativo es el que utiliza GARCÍA GALLO para descartar el estricto orden jerárquico en que tradicionalmente se quiere colocar a las audiencias y capitanías dentro de la organización política administrativa de la América española. Se trataba de dos organismos con funciones especiales y diferentes de las políticas y de gobierno, con un marco territorial diverso. Ahora bien, en algunos casos la audiencia o capitanía podía coincidir en su jurisdicción con el territorio de la provincia, aspecto que el autor no descarta, pero como un fenómeno del todo accidental[3].

Las audiencias, como lo señalamos, constituían los cuerpos administrativos de la justicia real. Sus competencias comprendían la totalidad de los asuntos contenciosos, civiles y criminales que se suscitaban en sus territorios, e incluso, como lo estudiaremos más adelante, tenían importantes funciones consultivas para con el virrey y especiales atribuciones de naturaleza con-

[1] Alfonso García Gallo. Principios Rectores de la Organización Territorial Indiana en el Siglo XVI. AHDE T I 1924. Pg 341.

[2] Ibíd.

[3] Jose Maria Ots Capdequí. Historia del Derecho Español en América y el Derecho Indiano.; Madrid, Aguilar, 1969.

tencioso administrativa en cuanto se les había encomendado el control sobre los actos individuales del virrey que pudieren causar algún agravio a los súbditos en América. En este sentido, el aporte español al desarrollo posterior del control judicial sobre la administración pública, en especial en el caso colombiano, con la implantación de un régimen eminentemente judicialista, tiene, sin duda, una de sus bases en estos mecanismos que la influencia directa castellana había trasladado a territorio americano a través de las audiencias.

Las audiencias, destaca GARCÍA GALLO, son para esta época de la conquista y de la colonización, en España, los tribunales superiores de justicia. Su proliferación en América, por lo tanto, correspondió a la necesidad de acercar la justicia al Nuevo Mundo en razón de que en los primeros años los litigios y contenciones tenían que ser enviados a España, a la Real Cancillería de Valladolid, único tribunal superior entonces existente, y desde 1494 a la nueva audiencia que entonces se crea en Ciudad Real; y en 1505 se traslada a Granada. Las audiencias, como advertimos, se establecieron en razón de la necesidad de administrar justicia y tramitar los pleitos y causas criminales, tarea para la cual tenían la colaboración de los llamados alguaciles o justicias mayores, que eran los encargados de ejecutar y hacer cumplir sus decisiones o sentencias judiciales.

Por necesidades distintas a las gubernativas y de justicia se crearon las capitanías generales, a las cuales les correspondía el ejercicio de funciones o necesidades estrictamente militares, de guerra o propiamente de defensa. Constituían la base del sistema militar expansivo de la conquista y defensivo durante la colonia, con la advertencia, ya hecha, de que la jurisdicción militar podía o no coincidir con la de las provincias; al final, lo que correspondía con su creación era solucionar un problema militar que podía o no comprometer el territorio de una o más provincias; al igual que la justicia, el militar era un asunto global que no reconocía eventualmente fronteras. La capitanía general estaba a cargo de un militar denominado precisamente capitán general, cuyas funciones se circunscribían a encauzar, dirigir y organizar la acción militar.

Por último, este esquema funcional generaba otro tipo de organización básica y fundamental para los intereses reales: la que más susceptibilidades creaba por su naturaleza. Se trataba de la llamada hacienda pública, la cual tenía todo un régimen diverso de jurisdicción y organización respecto del gubernativo, judicial y militar. El manejo de estos asuntos correspondía a los oficiales reales de hacienda que dependían directa y exclusivamente del rey. La hacienda pública, como lo indicamos a propósito de los virreyes, era lo único que el rey no les atribuía. La función principal de los oficiales reales de hacienda fue la del recaudo de los impuestos y demás sumas e imposiciones fiscales en los territorios americanos; para finales del siglo XVI tenían atribuidas funciones jurisdiccionales especiales en materia de hacienda, en una especie de jurisdicción especializada que le sustrajo el conocimiento de estos asuntos a la justicia ordinaria de las reales audiencias. Jerárquicamente tenían relaciones con la Casa de Contratación de Sevilla y con el Consejo de Indias[4].

Ahora bien, este esquema de funciones, organismos y oficios no implicaba más que una incipiente tendencia a la identificación de acciones similares en la gestión pública del rey, que de por sí significó un gran avance para el derecho público de la época. Sin embargo, la ocupación de oficios estaba sujeta a un principio práctico de acumulación de poderes propios del absolutismo real, que la doctrina ha identificado como principio o política de "acumulación de cargos",

[4] Ismael Sánchez Bella. La Jurisdicción de Hacienda en Indias. AHDE T XXIX 1959 Pg 185.

consistente en que a quien ejercía uno de los oficios propios de una función se le podía atribuir, por razones de política de Estado, esto es, con la discrecionalidad del rey, el ejercicio de otros oficios de los que correspondían a otras autoridades. Esta política común y generalizada en el Nuevo Mundo ha llevado a algunos estudiosos a sostener la existencia de una ostensible falta de claridad en el manejo de los oficios públicos por parte del rey español.

No compartimos esta opinión: la administración pública española en América hay que entenderla con sujeción al pensamiento político predominante en la época, es decir, el absolutismo, que se basaba precisamente en la acumulación y centralización del poder como mecanismo idóneo de manejo y mantenimiento del poder político. Solo a partir de estas razones podemos entender cómo se estructuraba una regla general, la de acumulación de oficios. Para GARCÍA GALLO, esta política tenía un elemento de conveniencia importante: el de evitar "roces y recelos entre las distintas autoridades que intervenían en un mismo territorio", y esto se consigue "acumulando frecuentemente en una misma persona los distintos cargos de gobierno, justicia y guerra, y en su caso de política. Únicamente los negocios de hacienda se mantenían siempre fuera de cualquier posible acumulación". No es difícil encontrar en la historia de los virreyes, por ejemplo, que a la persona nombrada en dicho oficio se le nombrara también gobernador de la misma provincia en que residía o de otras de su mismo virreinato que no tuvieren gobernador, o también presidente de la audiencia con sede en dicha provincia y capitán general de la circunscripción militar que le correspondiera: "virrey, gobernador, presidente y capitán general"; no se trataba de un ostentoso título, sino de la suma de oficios en una misma persona.

La situación podía eventualmente presentarse respecto de los gobernadores, que podían acumular oficios de justicia y militares: "gobernador, presidente y capitán general", generalmente respecto de una misma provincia, o simplemente "gobernador y capitán general", o "gobernador y presidente"; todo dependía de las necesidades y de la discrecionalidad del rey. Incluso, sostiene GARCÍA GALLO, la posibilidad de "gobernador y alguacilazgo o justicia mayor"; lo mismo sucedió con las audiencias, en donde su presidente o incluso el conjunto de sus integrantes podían recibir responsabilidades de gobierno. Situación que ha llevado a algunos historiadores a atribuir a las audiencias el carácter de órgano de gobierno, razonamiento este carente de exactitud si se tiene en cuenta que sus obligaciones de justicia las cumplían en estos eventos separadamente de las de gobierno. "Cuando el presidente de una audiencia ejercía oficios de gobierno, los desempeñaba por sí solo, sin intervención alguna de la audiencia"; en estos eventos en el lenguaje común se le otorgaba el nombre de presidencia, tal como ocurrió entre nosotros de los años 1554 a 1604, cuando los presidentes de la audiencia acumularon oficios de gobernador. Cuando la función se acumulaba con los miembros de la audiencia, esto es, con los oidores conjuntamente, se decía que la "audiencia gobierna", tal como ocurrió en la Nueva Granada entre 1548 y 1554[5].

En el nivel local, el municipio castellano constituye la base a partir de la cual se organiza la vida social en las provincias americanas. En opinión de OTS CAPDEQUÍ, a la par del trasplante de las instituciones españolas prosperó "una sabia política realista cuidadora de recoger en la ley las modalidades particularísimas que imponían las nuevas condiciones de vida de aquellos territorios tan alejados y tan diferentes a los nuestros"[6]. La estructura municipal y la de oficios en este

[5] Alfonso García Gallo. Principios Rectores de la Organización Territorial Indiana en el Siglo XVI. AHDE T I 1924. Pg 336.

[6] José Maria Ots Capdequí. Apuntes para la Historia del Municipio Hispanoamericano del Período Colonial. AHDE 1924. Pgs 94 y 95.

período son recogidas por este investigador a partir de la recopilación de 1680 (Ley II, título VII, libro IV) que diferencia entre ciudades principales o villas metropolitanas y villas o lugares. Las primeras tenían los siguientes oficios: "un juez con título de adelantado, o alcalde mayor, o corregidor, o alcalde ordinario que ejercía la jurisdicción *in solidum*, y juntamente con el regimiento tenía la administración de la república; dos o tres oficiales de la hacienda real; doce regidores; dos fieles *executores*; dos jurados de cada parroquia; un procurador general; un mayordomo; un escribano de concejo; dos escribanos públicos; uno de minas y registro; un pregonero mayor; un corredor de lonja; dos porteros; y si diocesana o sufragánea, ocho regidores y los demás oficiales perpetuos: para las villas y lugares: alcalde ordinario; cuatro regidores; un alguacil; un escribano de concejo público; y un mayordomo"[7].

Paralelamente a estos pueblos o ciudades villas de blancos o españoles, por razones culturales fue preocupación la de crear pueblos de indios o reductos donde debían concentrarse los indígenas habitantes de los territorios conquistados. En estos pueblos se procuraba la formación cristiana; de aquí que se le encomendaba su manejo a un cura doctrinero, "cuyo sostenimiento corría a cargo de los tributos que los indios estaban obligados a pagar". Si el pueblo estaba habitado por más de cien indios, su burocracia se aumentaba en dos o tres cantores, un sacristán y uno o dos fiscales. En la recopilación de 1680 se dispuso la presencia de alcaldes y regidores de indios o dos alcaldes y regidores según el número de indios de la reducción[8].

La ruptura que implicó la independencia americana no significó un abandono inmediato de instituciones y principios que eran básicos en el funcionamiento de determinados aspectos del gobierno y de la justicia. Integrados los Estados independientes y soberanos de Iberoamérica, esas instituciones se incorporaron a los nuevos ordenamientos o sirvieron incluso de orientadoras de las nuevas figuras normativas que se desarrollaron como consecuencia de la Independencia.

Por otra parte, la experiencia constitucional norteamericana y el proceso revolucionario francés aportaron de igual manera elementos importantes en la trayectoria del derecho público americano. En el caso colombiano, las marcas de estas tres corrientes de influencia resultan innegables al momento de analizar nuestras instituciones. El viejo derecho español se perpetuó otorgando impulso a gran parte de la actividad cotidiana de la administración pública. Las normas sustanciales sobre minerales, policía, salubridad, procedimientos, continuaron intactas, constituyendo así la dinámica misma de la administración pública; incluso se observa que en la determinación de las competencias del ejecutivo algunas de las primeras constituciones provinciales hacían responsables a los presidentes y gobernadores del ejercicio de funciones que eventualmente reproducían los contenidos de la ciencia de la policía, que el gobierno español consideraba como consustanciales a su existencia, en especial durante los últimos años del siglo XVIII.

2. Organización del Estado y de la administración.

La Constitución Política de 1991 reiteró el principio constitucional de la organización del Estado, establecido en la Constitución de 1886 y que dio al traste con el sistema federal, que desde 1853 dominaba el ámbito de la organización territorial y de las decisiones fundamentales

[7] Ibíd. Pg 96.
[8] Ibíd. Pg 122.

del Estado. A este respecto indica el artículo 1.° constitucional que Colombia es una "República unitaria, descentralizada con autonomía en sus entidades descentralizadas". Por su parte, el artículo 115 superior, complementando la idea unitarista, ubica a los organismos propios de las entidades territoriales dentro del ámbito de la rama ejecutiva nacional; al respecto señala que "Las gobernaciones y las alcaldías... forman parte de la rama ejecutiva". En esta misma línea de ideas, el artículo 209 constitucional amplía el marco de instrumentos señalados para la función administrativa del Estado al indicar que "La función administrativa ... se desarrolla ... mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones".

Por otra parte, al referirse en estricto sentido a la organización territorial, el constituyente, en el artículo 287 de la Carta, reconoce a las entidades territoriales, dentro de los marcos de la Constitución y la ley, autonomía para gobernarse por sus propias autoridades, ejercer las competencias que le correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y participar en las rentas nacionales.

Este marco normativo nos permite sostener que en derecho colombiano domina históricamente el principio del Estado unitario, el cual debe servir de referencia para cualquier interpretación de los fenómenos que sobre organización del territorio y la distribución de funciones y competencias se hagan respecto de nuestro Nación. Igualmente, y como complemento lógico deducible de la anterior normatividad, que el unitarismo se encuentra sujeto a precisas limitaciones y reglas de excepción, que hacen que no se configure como un sistema puro. El régimen colombiano resulta ser, entonces, atemperado, en donde la centralización, como fenómeno de ejercicio del poder típico del sistema, presenta precisas excepciones en beneficio de los organismos periféricos.

La Corte Constitucional, al identificar el tipo o modelo de Estado unitario regulado por nuestra Carta, en especial el papel del centralismo dentro del mismo, sostuvo que el mismo "supone el principio de la centralización política, que se traduce en unidad de mando supremo en cabeza del Gobierno Nacional, unidad en todos los ramos de la legislación, en cabeza de un Congreso y, en general, unidad en las decisiones de carácter político que tienen vigencia para todo el espacio geográfico nacional; la centralización también implica la unidad en la jurisdicción. La centralización política no es otra cosa, pues, que una jerarquía constitucional reconocida dentro de la organización jurídica del Estado. Pero la centralización política no es incompatible con la descentralización administrativa, ni con la autonomía de las entidades regionales"[9].

Conforme lo expuesto por la Corte, y en sintonía con la historia política patria podemos sostener sin lugar a discusión que nuestro sistema unitario, que niega el federalismo, se resume en la fórmula de la centralización política y la descentralización administrativa, en donde las grandes decisiones del Estado se conservan en los poderes centrales, y donde el único de los poderes que se abre de manera descentralizada (territorial y por servicios) con relativa autonomía, aunque sujeto también a fenómenos de desconcentración y delegación, es el administrativo. Esto nos permite sostener, entonces, que la gran limitante al régimen del unitarismo colombiano se encuentra en la existencia de niveles de decisión autónomos, obviamente bajo la tutela del poder central pero con posibilidades de acción independiente de este; lo anterior sin desconocer que la Constitución admite que este esquema se conjugue con instrumentos tradicionales y propios del centralismo; nos encontramos, por lo tanto, ante una típica fórmula mixta de distribu-

[9] Corte Constitucional. Sentencia C-497 del 3 de noviembre de 1994 Mp Vladimiro Naranjo Mesa.

ción del poder sobre el territorio que juega acorde a las coyunturas políticas y los intereses variables de los detentadores del poder; en otras palabras, el régimen colombiano no se matricula en estricto sentido en una fórmula determinada: por el contrario, juega con todas ellas[10].

Por otra parte, desde el punto de vista exclusivo de las entidades territoriales, el sistema acepta la posibilidad de la existencia de regiones con un régimen jurídico prácticamente indefinido después de diez años de vigencia de la Constitución. Los artículos 306 y 307 de la Carta incorporan esta interesante modalidad de organización territorial, en primer lugar, como entidad estrictamente administrativa y, en segunda instancia, como un modelo de entidad político territorial con los mismos derechos y prerrogativas de las otras formas de distribución territorial tipificadas en el texto constitucional, generando una especie de alternativa para la división del territorio colombiano. VIDAL PERDOMO encuentra, a partir de la particular redacción de la Constitución en esta materia, una especie de puerta abierta para que Colombia pase de país unitarista al de nación regional, en lo que denomina "un tercer modelo de organización territorial" al cual se puede llegar si la voluntad política se inclina en este sentido[11].

3. CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Abordar el concepto y la definición del derecho administrativo ha sido uno de los más complejos problemas de la doctrina en todos los tiempos. Los grandes puntos de divergencia de teóricos en apariencia homogéneos en las concepciones ius administrativistas se centran precisamente en la definición que adoptan de la disciplina. Esta calamitosa situación, calificada como de *crux iuris* para los estudiosos del llamado derecho administrativo, obedece al carácter dialéctico y cambiante de los contenidos y las materias propios en cada momento de la historia de la administración y del derecho administrativo, asunto este que los hace heterogéneos y mutables, de imposible conceptualización única.

El derecho administrativo no ha sido el mismo en todos los tiempos y lugares. En cada país, y según los parámetros constitutivos del objeto que se hubiere utilizado, adquiere connotaciones diversas e incluso tendencias divergentes. Por esta razón, nuestro estudio parte de una presentación sistemática de los más importantes criterios sobre la materia. De ese estudio concluimos la imposibilidad del monismo conceptual y la aceptación del pluralismo como criterio sincrético en donde se conjugan los criterios orgánicos, funcionales y teleológicos en procura de una noción universal.

Tratándose del derecho colombiano, anotábamos que ese juego simultáneo de los criterios tradicionales de conceptualización del derecho administrativo están irremediablemente inmediatizado por el carácter teleológico que le imprime la Constitución de 1991. En este sentido, el concepto de derecho administrativo debe comprender, como parte de su descripción, el cumplimiento de los cometidos propios del Estado social y democrático de derecho, el interés general y el bien común. De aquí que resulte imposible un concepto que no se nutra de esta constante ideológica, que busca la consolidadición del Estado social de derecho. Es así como, operativamente y den-

[10] Ibíd.

[11] Jaime Vidal Perdomo. La Región en la Organización Territorial del Estado. Bogota, Universidad del Rosario, 2001, Pg 12.

tro de esta concepción, entendemos el derecho administrativo como el subsistema normativo o rama del derecho positivo que tiene por objeto el conocimiento y la regulación jurídica de los órganos, sujetos, funciones y finalidades de la administración pública y de sus relaciones con los asociados y la comunidad.

De la definición propuesta se deducen varios elementos que ameritan ser considerados individualmente en procura de mayor claridad. En este sentido se distinguen cuatro importantes aspectos de la definición: el ser un derecho de la administración pública; el constituir un subsistema normativo; el ser una rama del derecho positivo, lo que genera de inmediato inevitables discusiones sobre el derecho público y el derecho privado; y, por último, las características de las relaciones con los asociados, los ciudadanos y la comunidad en general.

4. Fuentes del derecho administrativo colombiano

4.1. La Constitución Política como fuente del derecho administrativo colombiano.

En el caso de la Constitución colombiana de 1991, este planteamiento no nos deja duda alguna: no sólo se declara su carácter normativo, sino que se incluyen disposiciones que llaman a la aplicación y eficacia de tales normas como fuerza jurídica, es decir, reguladora de la vida cotidiana. El preámbulo de la Constitución empieza determinando el contexto normativo como un "marco jurídico", expresión que no deja abierta discusión alguna sobre las intenciones y sentimientos del constituyente respecto de este tema de nuestro derecho constitucional. Similar conclusión se puede extraer del artículo 4.° superior que de modo expreso define a la Constitución como "norma jurídica", es decir, le imprime específicamente la fuerza vinculante necesaria de regulación y ordenación del Estado y de coacción para que sus disposiciones no se agoten en meros postulados programáticos: "la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales"

Algunas otras disposiciones reafirman este carácter vinculatorio jurídico de la Constitución; así, por ejemplo, el inciso 2.° del artículo 4.° superior obliga a todas las personas a someterse al sistema jurídico colombiano a cuya cabeza se encuentra la Constitución: "Es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades". Se reafirma en esta disposición la fuerza no solo de la Constitución como norma jurídica, sino también de todo el sistema que de ella se desprende; se pretende, de esta manera, fortalecer su eficacia normativa. Algunas otras disposiciones reafirman este carácter; por ejemplo, el artículo 95 contiene dos expresas referencias a este carácter obligatorio y generador de efectos jurídicos de la Constitución: "El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades"; y en el inciso 2.° reafirma: "Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes".

Frente al ejercicio de los poderes se presenta la situación de una directa sujeción de las disposiciones constitucionales, que no solo las instituye sino que determinan en buena parte su régimen de competencias. Igualmente se observa este mismo carácter respecto de los servidores públicos, los cuales, según lo dispuesto en el artículo 121 constitucional, se encuentran vinculados en primer grado de manera funcional a lo que la Constitución Política disponga: "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley".

En diferentes oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado reafirmando el carácter de la norma jurídica del texto constitucional; en sentencia de mayo de 1992 indicó la corporación que al instituir el ordenamiento estatal la Constitución "funda" el ordenamiento jurídico de este. "La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla, o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados"[12]. En sentencia de junio del mismo año se ratificó este concepto, indicando que la Constitución es una norma directamente aplicable; de aquí que una de sus características sea su obligatoriedad y eficacia[13]. Y en pronunciamiento de 1993, que se ha venido ratificando por la Corte: "La Constitución es norma de normas, pero en modo alguno es norma ordinaria que solo se distingue de las demás en razón de su jerarquía formal. La Constitución es el eje central del ordenamiento jurídico ... La Constitución como eje central del ordenamiento debe ser acatada por todas las personas y órganos del Estado"[14].

Al interior del sistema se han tipificado algunas reglas que consolidan el principio de jerarquía normativa en derecho colombiano: el artículo 93 constitucional, que incluye en nuestro régimen positivo la regla de la prevalencia de los tratados y convenios internacionales aprobados por Colombia y referentes a los derechos fundamentales sobre las normas internas, incluso las que tratan estados de excepción; el artículo 20 del Código Sustantivo del Trabajo al darle preferencia al subsistema normativo laboral sobre todo aquel subsistema del mismo nivel que lo contradiga; el artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal, que establece la jerarquía normativa en materias nacionales, territoriales y locales; el artículo 5.° de la Ley 57 de 1887, que instituyó la jerarquía normativa a partir del texto constitucional; y el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, que se refiere al principio de las normas reglamentarias.

Dentro del contexto de la Constitución normativa se desprenden, pues, en el derecho colombiano, cinco importantes cláusulas o supra principios rectores de la totalidad de su actividad y continente de algunos otros que los confirman; de esta forma podemos decantar de la Constitución de 1991: "base o supra principio del Estado de derecho", "base o supra principio del Estado democrático", "base o supra principio del Estado social"; "base o supra principio del Estado unitario"; y "base o supra principio de la integración"; los cuales, a su vez, son portadores de principios y valores que orientan y determinan la acción de los poderes públicos y de las relaciones entre el Estado y los asociados. Todos estos contenidos son parte indiscutible de la Constitución normativa sustancial, que es, a no dudarlo, la columna conductora de todo lo político y social.

4.2. La ley como fuente del derecho administrativo colombiano

Entendido el derecho como sistema y realizada una primera aproximación al principal de sus elementos, esto es, a la Constitución Política, e identificados los supraprincipios que sustentan al Estado colombiano y constituyen los parámetros para el análisis de la administración pública y del derecho administrativo, corresponde a esta altura de la investigación abordar el segundo de los elementos jerárquicamente considerado. En este sentido, debemos ocuparnos del papel que

[12] Corte Constitucional. Sentencia T-006 del 12 de mayo de 1992. Mp Eduardo Cifuentes Muñoz.
[13] Corte Constitucional. Sentencia C-434 del 25 de junio de 1992. Mp Fabio Morón Díaz.
[14] Corte Constitucional. Sentencia C-531 del 11 de noviembre de 1993. Mp Eduardo Cifuentes Muñoz.

cumple la ley dentro del sistema como elemento sustentador de la administración pública y de su régimen jurídico, al igual que de las relaciones jurídicas que eventualmente la ley genera frente al subsistema del derecho administrativo.

Si bien es cierto que la Constitución establece los parámetros y conceptos básicos que apuntalan y direccionan los senderos finalísticos de la administración pública, la ley, en su carácter de normatividad dependiente, tiene papel importante en cuanto al desarrollo y determinación de las pautas que han de seguirse en cumplimiento de los preceptos superiores. De aquí la necesidad de hacer una aproximación en el derecho nacional sobre su concepto y características.

En el derecho colombiano, de tiempo atrás, pero a nivel de la misma ley, el legislador se preocupó por definir su principal mecanismo de manifestación. Acudiendo a la concepción clásica francesa se acoge el criterio de la generalidad. El artículo 4.° de la ley del 26 de mayo de 1873, que adoptó el Código Civil para los Estados Unidos de Colombia, estableció que "la ley es la declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar".

No obstante la definición legal de lo que es la ley en derecho colombiano, la misma resulta insuficiente desde el punto de vista de su contenido ante las diferentes hipótesis en que ella se estructura. En la realidad jurídica colombiana el concepto de ley del artículo 4.° tiene evidentes fisuras prácticas. Tan ley es aquella que goza de ser una declaración de voluntad de carácter general, esto es, que contiene decisiones que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas para los asociados de manera general, como aquellas declaraciones de voluntad creadoras de situaciones individuales pero que son el producto del ejercicio de la función legislativa. Incluso, podemos afirmar que en el sistema colombiano también se podría denominar como ley cualquier declaración de quien ejerza función legislativa que propiamente no cree situaciones jurídicas, como pueden ser los actos de honores o conmemorativas a que nos tiene acostumbrados el Congreso.

Por estas razones, consideramos que la afirmación del Código Civil no es del todo válida para identificar el concepto de ley. Con independencia de los criterios históricos sobre la generalidad, lo material o lo formal, en derecho colombiano predomina básicamente el ejercicio de la función legislativa para la identificación del fenómeno como ley. Todo aquello que revista carácter de manifestación general o individual de voluntad, que no resulte ser del ejercicio de la función legislativa, pero se asimile a ella en cuanto a los efectos, nos sitúa invariablemente en la teoría del acto administrativo, sobre el cual nos referiremos en el literal siguiente.

Otro elemento que destaca el artículo 4.° del Código Civil es el de que, para que exista una ley, la manifestación o declaración soberana de carácter general debe ser expresada en la forma prevista en la Constitución nacional. Esto es, que para que exista una ley debe ser el producto final de los procedimientos legislativos establecidos en la Constitución y en la misma ley.

Insistimos en que se trata de una manifestación o declaración de quien ejerce funciones legislativas, porque conforme a la estructura constitucional colombiana la función legislativa no es exclusiva del Congreso Nacional. Entre nosotros existe una regla general en materia legislativa asignada al Congreso, y una clara regla de excepción que habilita eventualmente al Presidente de la República para que ejercite la función legislativa. Fuera de estos órganos, en razón del mismo carácter unitario del Estado, es imposible hacer referencia a normas con fuerza de ley. Las demás normas, como lo indicamos, que se produzcan con características similares a las de la ley por órganos o sujetos que no ejerzan la función legislativa no podemos calificarlas más que de administrativas.

Conforme al régimen constitucional colombiano, el Congreso de la República obtiene competencia para proferir manifestaciones o declaraciones con fuerza de ley a partir de la conjugación de un estricto sistema de adscripción constitucional de materias legislativas que se expresa básicamente en el listado del artículo 150 constitucional y en las demás normas constitucionales que le entregan el desarrollo concreto de ciertas materias. Este sistema de adscripción es conjugado por vía jurisprudencial con la denominada cláusula general de competencia legislativa que le es reconocida al Congreso por la Corte Constitucional. Como punto de partida para este reconocimiento se toma el artículo 114 superior que indica que en Colombia corresponde "al Congreso [...] hacer las leyes".

Al respecto sostiene la Corte que, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos como el francés, en donde el Ejecutivo tiene una regla general de competencia normativa, "en Colombia, en cambio, el órgano que tiene la potestad genérica de desarrollar la Constitución y expedir las reglas de derecho es el Congreso, puesto que a éste corresponde 'hacer las leyes', por lo cual la enumeración de las funciones establecidas por el artículo 150 de la Constitución no es taxativa. No es entonces legítimo considerar que si el Congreso expide una ley que no encaja dentro de las atribuciones legislativas específicas del artículo 150 superior entonces tal norma es, por ese solo hecho, inconstitucional, ya que ello implicaría desconocer que en el constitucionalismo colombiano la cláusula general de competencia está radicada en el Congreso"[15].

Lo anterior no significa que el Congreso pueda desconocer el ámbito de atribuciones constitucionales de otros órganos del Estado ni las restricciones que expresamente el constituyente le hubiere establecido. Debemos recordar que en Colombia, si bien es cierto que el Congreso tiene la regla general de competencia legislativa, no significa esto que otros órganos del Estado por autoridad de la Constitución puedan proferir normas jurídicas vinculantes de carácter general. Ahora bien, lo que sí puede el Congreso válidamente es reformar sus leyes e interpretarlas. En este sentido la Corte ha sido clara en esta competencia de la corporación emanada de la misma naturaleza de lo legislativo ordinario: "Corresponde al Congreso, como titular de la función legislativa, la cláusula general de competencia para expedir las normas interpretativas de la ley, de modo que, por este aspecto –la invocación de la competencia para interpretar normas legales por vía de autoridad–, la rama correspondiente ha actuado dentro de la órbita constitucional de sus atribuciones. La interpretación toca necesariamente la materia tratada en las normas que se interpretan, de modo que si la Constitución ha señalado ciertos trámites y exigencias para que el Conreso legisle acerca de un tema, ellos son aplicables tanto a la norma básica que desarrolla la función correspondiente como a las disposiciones que se dicten para desentrañar su sentido por vía de autoridad. La expedición de una norma que dice interpretar otras, si de veras responde a ese propósito, no es ni puede ser, sin que pierda tal carácter, la ocasión para modificar o adicionar la legislación preexistente, ni para introducir excepciones a reglas generales ya establecidas, menos todavía si mediante aquella denominación se pretende eludir el cumplimiento de los requisitos constitucionales para la expedición de normas sobre la materia abordada. En esta última hipótesis la ley sería, además, inconstitucional"[16].

[15] Corte Constitucional. Sentencia C-527 del 18 de noviembre de 1994. Mp Alejandro Martínez Caballero.
[16] Corte Constitucional. Sentencia C-270 del 13 de julio de 1993. Mp José Gregorio Hernández Galindo.

4.3. El Reglamento o acto administrativo de carácter general como fuente del derecho administrativo colombiano

El tercer nivel dentro de los elementos del sistema normativo aplicables al subsistema del derecho administrativo corresponde al denominado "acto administrativo". Si bien es cierto que en la doctrina el asunto se trata como un problema referido directamente al reglamento, en derecho colombiano el término genérico que comprende aquellas manifestaciones normativas de carácter general que eventualmente generan situaciones jurídicas tanto para la administración como para los administrados es el acto administrativo.

En este sentido, consideró necesario ajustar las elaboraciones jurisprudenciales colombianas al entendimiento de los conceptos de administración pública y derecho administrativo, señalando como base determinante de la estructura de la legalidad del subsistema normativo al acto administrativo. Ahora bien, no en una perspectiva de equiparación a la norma constitucional, ni mucho menos legal, todo lo contrario, como fuente de normatividad dependiente que circunscribe igualmente el comportamiento de la administración y de los asociados.

Como facultad normativa el acto administrativo de carácter general que sirve de fuente a la administración pública y al derecho administrativo, conforme a la estructura constitucional colombiana, no es desde el punto de vista de su fuente una manifestación exclusiva del Presidente de la República. La Constitución de 1991 establece un sistema difuso de producción normativa general o actos administrativos de efectos generales de carácter reglamentario. Estamos, por lo tanto, en presencia del principal instrumento mediante el cual se manifiesta y se confirma el papel preponderante de la función administrativa del Estado en el proceso de cumplimiento de las finalidades señaladas constitucionalmente.

4.4. Los principios generales del derecho como fuente del derecho administrativo.

Los principios generales del derecho constituyen base coadyuvante especial y trascendente del derecho administrativo en cuanto proporcionan los criterios de interpretación y aplicación de las normas jurídicas administrativas. La Constitución Política, al postular en el preámbulo de su codificación los sustentos ideológicos del sistema político y jurídico nacional, nos remite necesariamente a los principios generales del ordenamiento, entre los cuales inevitablemente encontramos los del sistema jurídico que nos rige. Por otra parte, la redacción de los artículos 2.° y 209 constitucionales en lo relativo a la administración pública adopta conceptos básicos del régimen que emanan de postulados genéricos del sistema, lo cual hace indispensable la consideración de los principios generales para cualquier aproximación al derecho administrativo de nuestros días.

Esta situación se repite en el derecho colombiano a partir del contenido de los artículos 3.° de la Ley 58 de 1982 y 2.° del Código Contencioso Administrativo, los cuales en nuestra opinión expresamente hacen referencia a propósitos fundamentales de la temática de principios rectores del derecho.

Siendo por lo tanto los principios generales del derecho de aplicación irremediable al derecho administrativo con el propósito de sustentarlo y fundamentarlo, en la medida en que constituyen la base ideológica del mismo, el problema fundamental de su manejo al nivel que nos ocupa es el de la identificación o individualización de esos principios generales, puesto que, como lo señala LEGUINA VILLA, "sigue cerniéndose sobre los mismos, si no la mayor oscuridad, sí al menos grandes dosis de opacidad, porque ciertamente, en la medida en que parecen no formar una categoría jurídica unitaria, los principios jurídicos generales siguen siendo para muchos un con-

cepto complejo, oscuro, huidizo (BOBBIO), de significación multívoca o ambigua (MORANGE), susceptible por lo mismo de albergar productos o mercancías de diferente naturaleza, y cuya utilización en la práctica jurídica acusa a menudo una cierta falta de rigor técnico"[17].

Las anteriores inquietudes doctrinales, sin embargo, no deben ofrecernos mayor dificultad si entendemos que el derecho no es un simple sistema normativo, sino que comprende igualmente principios y valores de fácil identificación a partir del contexto ideológico, político, económico y social en que se inspira la Constitución, en lo que denomina la doctrina como principios dimanantes de las instituciones positivas y de las reglas de construcción, organización y estructura de cada ordenamiento jurídico.

El derecho, como lo señala GARCÍA DE ENTERRÍA, no puede agotarse en la simple ley, en el sentido del positivismo legalista: "La tipificación de supuestos de hecho por el legislador no puede jamás agotar la variable y proteica riqueza de situaciones capaces de presentarse en la vida social, cuya evolución nada detiene". En este sentido, el sustrato complejo de la estructura jurídica debe ser advertido del entendimiento sistemático de las razones ideológicas, políticas, sociales, etc. en que se funda. Es decir, a partir de la deducción de los principios y valores edificantes nos ubicamos en los propios del derecho aplicables al sistema del derecho administrativo. Se trata, pues, de una visión material y dinámica con consistencia propia, identificable y palpable, que resulta básica para el cabal entendimiento de nuestro Estado social de derecho[18].

La Corte Constitucional en sentencia del 6 agosto de 1992, a través de la cual se le reconocieron efectos jurídicos al preámbulo de la Carta, insiste en que las normas constitucionales, que son el fundamento de la administración pública y del derecho administrativo, no se encuentran todas en el simple texto fundamental. El contexto constitucional hay que entenderlo, por lo tanto, con todos aquellos principios y valores que han servido para su inspiración. Bajo esta perspectiva, los principios generales del derecho resultan básicos en el momento de analizar el subsistema del derecho administrativo colombiano. Estos principios, como se admite pacíficamente por la doctrina, pueden o no estar contemplados en norma alguna.

La Ley 153 de 1887, en su artículo 8.°, incorpora como criterio de interpretación, esto es, coadyuvante del proceso integrador de la normatividad nacional, el de las reglas generales del derecho. Concepto legislativo que, no obstante lo antiguo de su incorporación al ordenamiento, permite vislumbrar el alcance que la cultura jurídica le puede brindar a la normatividad administrativa.

4.5. La Jurisprudencia como fuente del derecho administrativo colombiano.

No obstante su calificación de criterio auxiliar de la actividad judicial, y consecuentemente de la actividad contenciosa administrativa, la realidad del derecho administrativo colombiano es la de que sus instituciones han sido el producto de la interpretación y de la adaptación doctrinal que por vía jurisprudencial el Consejo de Estado ha hecho en los últimos años. En este sentido no podemos más que calificarla de edificante, integradora y fundamentadora de los trabajos legislativos que han construido la base normativa del derecho administrativo en Colombia.

Podemos sostener que la jurisprudencia le otorga fundamentos al sistema jurídico administrativo en la medida en que configura normas interpretativas que atribuyen consistencia al principio

[17] Jesús Laguna Villa. Principios Generales del Derecho y Constitución. RAP No 114 septiembre-diciembre de 1987 P7.
[18] Eduardo García de Enterria. Reflexiones Sobre la Ley y los Principios Generales. Civitas, Madrid 1986 Pgs 17 a 69.

de legalidad y permiten articular los principios generales del derecho con el contexto simplemente positivo. En este sentido no estamos abordando el carácter supletorio que la Constitución le otorga a esta fuente frente a la administración de justicia. Lo que buscamos es destacar su papel frente al simple ejercicio de la función pública administrativa donde se integra con el alcance mismo del orden positivo. Por lo menos las providencias de constitucionalidad adquieren este valor jurídico indiscutible. Frente a ellas destaca la Corte Constitucional ese valor fundamental dentro de nuestro sistema interpretativo: "La Constitución, con el objeto de imponer sus preceptos y de dar a éstos carácter normativo, ha confiado a la Corte Constitucional la guarda de su integridad y supremacía, labor que realiza específicamente a través de su función interpretativa, gracias a la cual se actualiza en cada momento histórico el correcto entendimiento de la Carta. Las sentencias de la Corte, por consiguiente, ofrecen a los demás órganos del Estado, y a los miembros de la comunidad en general, la visión dinámica de lo que la Constitución concretamente prescribe. La interpretación que lleva a cabo la Corte no es externa al texto de la Carta, como que ésta demanda de la misma para poder actualizarse en el espacio y en el tiempo históricos. Las sentencias de la Corte Constitucional, en este sentido, por ministerio de la propia Constitución, son fuentes obligatorias para discernir cabalmente su contenido. La interpretación de la Corte Constitucional, a diferencia de la jurisprudencia de los demás jueces, en cuanto desentraña el significado de la Constitución, no puede tener valor opcional o puramente ilustrativo, puesto que sirve de vehículo insustituible para que ella adquiera el *status* activo de norma de normas, y como tal se constituya en el vértice y al mismo tiempo en el eje del entero ordenamiento jurídico. De otro lado, las tareas que cumple la Corte Constitucional son únicas, en cuanto que ningún otro órgano podría realizarlas. Frente a la interpretación de la Constitución plasmada en una sentencia de la Corte Constitucional no puede concurrir ninguna otra, ni siquiera la del Congreso de la República. Por el contrario, esta corporación está llamada a revisar la congruencia constitucional de la actuación del último. A diferencia de lo que acontece con los demás órganos judiciales, las sentencias de la Corte Constitucional tienen la virtualidad de desplazar la ley o incluso de excluirla del ordenamiento, cuando no la mantienen dentro de ciertas condiciones, todo en razón de su calidad de juez del Congreso"[19].

4.6. La costumbre y el precedente administrativo como fuentes del derecho administrativo colombiano

En estricto sentido, dentro de un contexto de legalidad formal, la costumbre no puede generar norma de derecho público. Una afirmación en este sentido podría ser violatoria del principio de legalidad. No obstante, su valía como criterio auxiliar para medir el alcance de las normas es indubitable. La Ley 153 de 1887, en su artículo 13, establece a este respecto, en concordancia con el artículo 230 constitucional, que "la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva".

La Corte, en sentencia del 5 de mayo de 1994, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de esta disposición, la encontró ajustada a la Carta: interpretó la moral cristiana como la moral común, genérica, que incluye a todos los hombres y que constituye el mínimo indispensable para todos. En sus relaciones entre la Constitución y la costumbre, la Corte hace énfasis en la plena vigencia del artículo 13, e incluso en su necesidad de admitirla como creadora de norma objetiva. El pueblo

[19] Corte Constitucional. Sentencia SU 640 del 5 de noviembre de 1998. Mp Eduardo Cifuentes Muñoz.

puede generar costumbre, a la cual le puede imprimir fuerza vinculante: "De otra parte, hay que afirmar con toda claridad que negarle al pueblo la posibilidad de crear el derecho objetivo, representado en la costumbre, sería ir en contra de los principios de la Constitución de 1991 en lo relativo a la democracia participativa. Y sería paradójico que la costumbre, permitida por las constituciones anteriores que consagraban la democracia representativa, estuviera proscrita por la actual"[20].

Estos planteamientos de la Corte, sin embargo, debemos acogerlos con supremo recelo frente a la función pública administrativa, en la medida que podrían ser fuente de arbitrariedad y posiblemente corrupción en detrimento del interés general si se le otorga el carácter de fuente principal de nuestro derecho y no secundaria, restringida exclusivamente a los casos en que esté autorizada expresamente por el legislador, como en las hipótesis en que el derecho comercial deba aplicarse a la administración pública, en la medida en que en este ordenamiento es admitida la costumbre para precisos efectos probatorios.

No discutimos la procedencia de la costumbre en el derecho privado, pero en materia de asuntos públicos tendría la capacidad suficiente para deteriorar profundamente el Estado de derecho. Incluso la Corte la admite con restricciones: "La costumbre sólo es fuente de derecho en Colombia a falta de norma legal expresa sobre el asunto; nunca ... puede aceptarse que una costumbre contraria a expresa norma legal prime sobre esta última. La repetida violación de la ley no la deroga ni la excepciona, y el alegato de la propia ilegalidad no se hace de recibo cuando se le añade la confesión de su práctica inveterada"[21].

En cuanto al precedente administrativo, las elaboraciones de la administración, cuando resuelvan por vía administrativa los conflictos, constituyen elemento coadyuvante del sistema normativo en la medida en que el mismo genera seguridad jurídica al definir la interpretación y el alcance de la legalidad y la conformidad con el derecho y los principios generales del régimen aplicable por cada despacho o repartición administrativa.

4.7. El derecho internacional como fuente del derecho administrativo colombiano

El ordenamiento jurídico internacional y sus principios ejercen influencia indubitable en el ámbito del derecho administrativo interno de las naciones. Negar esta realidad significa cercenar los canales comunicantes y vinculantes de estos sistemas jurídicos en un mundo que, como lo expusimos a propósito del supraprincipio de la integración, se concentra en grandes bloques de naciones, en donde cada una de ellas cede espacios de soberanía quedando sometida, incluso en cuanto al régimen administrativo, a parámetros, principios, normas y reglas desarrolladas por instituciones supranacionales que inciden en la estructuración y legalidad de las decisiones de quienes ejercen funciones administrativas en cada uno de los Estados miembros.

RAMELLI ARTEAGA, al estudiar la trascendencia incontenible del derecho internacional sobre el derecho administrativo, destaca precisamente que después de la Segunda Guerra Mundial el fenómeno adquirió proporciones significativas en materias como los derechos fundamentales, el trabajo, la economía, e incluso en la misma legalidad de los actos administrativos. En Colombia, no obstante los adelantados sobre la materia durante la vigencia de la Constitución de 1886, el tema adquiere sustento material innegable con la entrada en vigencia de la Carta de 1991, en donde se admite expresamente la vinculación jurídica del derecho interno de la república a las

[20] Corte Constitucional. Sentencia C-224 del 5 de mayo de 1994. Mp Jorge Arango Mejia.
[21] Corte Constitucional. Sentencia T-340 del 1 de agosto de 1995. Mp Carlos Gaviria Díaz.

previsiones del ordenamiento internacional. En otras palabras, la legalidad internacional se convirtió en determinante y orientadora del ejercicio de competencias de las autoridades administrativas y de las contencioso administrativas[22].

La Corte Constitucional le ha otorgado respaldo doctrinal a esta concepción interpretativa de los ordenamientos internacional y público interno del Estado colombiano. Al respecto sostuvo que, "De igual forma, resulta primordial señalar, para efectos del asunto bajo examen, lo dispuesto en el artículo 9.° superior, según el cual las relaciones exteriores del Estado se basan 'en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia'. Esta máxima fundamental –consagrada así por el constituyente– significa ni más ni menos que nuestro país se acoge en un todo a los principios del derecho internacional que han sido aceptados, no sólo dentro de los parámetros de los tratados públicos, ya sean éstos bilaterales o multilaterales, o de los acuerdos suscritos dentro del marco de los organismos internacionales a los cuales el Estado ha adherido –en particular, la Organización de la Naciones Unidas, ONU–, sino también a aquellos que se derivan de los usos y costumbres internacionalmente consagrados"[23].

En el caso del derecho administrativo colombiano son variados los campos donde el derecho internacional es base indiscutible. Las regulaciones supranacionales en derechos humanos, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, los acuerdos de carácter económico, son, entre otros, ejemplos palpables de esta vinculación al ordenamiento internacional. Sin embargo, el campo donde con mayor profundidad se observa un futuro énfasis en el tema está dado por los tratados y convenios sobre integración, particularmente el conocido como derecho comunitario andino, el cual constituye, a todas luces, no sólo un elemento coadyuvante del sistema normativo, sino también fuente directa y de efectividad inmediata dentro del subsistema del derecho administrativo.

Es más, las decisiones o normatividad general reguladora de las relaciones jurídicas entre los países miembros del Grupo Andino y de los asociados comunitarios pueden ser objeto de regulación normativa en cada uno de los países; en el caso colombiano por el Presidente de la República a través de la potestad reglamentaria. Según el Consejo de Estado, las decisiones del Grupo Andino "tienen un carácter legal, y por tal razón es perfectamente posible y jurídico que el Presidente de la República pueda ejercer la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189 de la Carta". En este sentido no cabe la menor duda que el derecho internacional se torna en fuente normativa del subsistema jurídico propio de la administración pública y del derecho administrativo colombiano[24].

II. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA, EN ESPECIAL EL ESTADO Y LOS MUNICIPIOS

1. Organización administrativa del Estado.

Colombia de conformidad con el artículo 1 constitucional es un Estado organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, pero tam-

[22] Alejandro Ramelli Arteaga. El derecho Internacional como fuente del Derecho Administrativo: análisis Comparativo entre los Regímenes Jurídicos Colombiano y Francés. Ponencia Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional y Administrativo. Universidad externado de Colombia, Bogotá DC 2000, Pg 2.

[23] Corte Constitucional. Sentencia C-170 del 20 de abril de 1995. Mp Vladimiro Naranjo Mesa.

[24] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 10 de noviembre de 1992. Cp Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

bién con importantes grados de desconcentración según lo define el artículo 209 de la misma codificación. Bajo este modelo en el artículo 113 constitucional se adoptó desde el punto de vista organizativo, una especial división de poderes según la cual el poder público se ejerce por tres ramas, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, pero dejando las puertas abiertas para que otros órganos autónomos e independientes, también cumplan especiales funciones públicas, las cuales esencialmente, conforme a los desarrollos del sistema son de estricto carácter administrativo. Esto es, que analizando objetivamente el modelo, se observa que este Estado unitario, dispone de funciones legislativas, judiciales y administrativas a través del poder ejecutivo y de los órganos autónomos e independientes. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

Ahora bien, desde la perspectiva del poder ejecutivo del Estado, que es el que llama la atención para efectos de nuestro estudio, el régimen jurídico constitucional y legal ha determinado, en la practica, que es el único de los poderes que funciona de manera descentralizada a través de la existencia de entidades territoriales, es decir el nivel territorial o descentralizado territorial a que se refiere el artículo 1 constitucional, y de entidades descentralizadas por servicios, conservando en todo caso un nivel central de la administración importante para efectos de la articulación de todo el sistema.

La ley básica de la estructura y organización de la administración pública es la 489 de 1998, según la cual en su artículo 38 determina que la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades: 1.– Sector Central. La Presidencia de la República; La Vicepresidencia de la República; Los Consejos Superiores de la administración; Los ministerios y departamentos administrativos; Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica. 2.– Sector descentralizado por servicios: Los establecimientos públicos; Las empresas industriales y comerciales del Estado; Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica; Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios; Los institutos científicos y tecnológicos; Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta; Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público. La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano.

La Presidencia de la República, los ministerios y los departamentos administrativos, en lo nacional, son los organismos principales de la Administración. Así mismo, los ministerios, los departamentos administrativos y las superintendencias constituyen el Sector Central de la Administración Pública Nacional. Los organismos y entidades adscritos o vinculados a un Ministerio o un Departamento Administrativo que gocen de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente conforman el Sector Descentralizado de la Administración Pública Nacional y cumplen sus funciones en los términos que señale la ley. Las gobernaciones, las alcaldías, las secretarías de despacho y los departamentos administrativos son los organismos principales de la Administración en el correspondiente nivel territorial. Los demás les están adscritos o vinculados, cumplen sus funciones bajo su orientación, coordinación y control en los términos que señalen la ley, las ordenanzas o los acuerdos, según el caso. Las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales

son corporaciones administrativas de elección popular que cumplen las funciones que les señalan la Constitución Política y la ley.

2. Organización territorial. Las entidades territoriales

Tratándose de las entidades territoriales, según lo definido por el artículo 286 constitucional, estamos frente a organismos de Derecho público con capacidad suficiente dentro de los términos de la Constitución y la Ley para ser depositario de competencias y funciones que deben ser desarrolladas con el grado de autonomía que la misma norma fundamental y el legislador le otorguen, en un ámbito territorial predefinido. La entidad territorial debe ser necesariamente autónoma. En este sentido la mencionada disposición Constitución se interrelaciona indubitablemente con lo dispuesto en el artículo 1 Constitucional que establece como principio fundamental de la organización del Estado el de la autonomía de las entidades de esta naturaleza.

Así mismo, como conclusión lógica, tratándose de entidades autónomas, gozan de los derechos y prerrogativas que la Constitución le reconoce a todas las entidades territoriales de la República en el artículo 287 constitucional y demás disposiciones concordantes. Siendo entonces en Derecho colombiano el concepto "Entidad territorial", un término complejo ligado a los fenómenos de capacidad de acción, y de autonomía, implica necesariamente el de ser poseedor de instrumentos legales para su actuación en el mundo jurídico como es el de la personalidad jurídica. Dentro de este contexto, es decir, el de la Entidad territorial como un órgano capacitado, autónomo y facultado de acción y representación, identificamos a los departamentos, municipios, distritos, regiones, territorios indígenas y las provincias. En la realidad actual de estas entidades tan solo tienen existencia funcional las tres primeras. Las demás están pendientes de los correspondientes desarrollos legales.

Desde la perspectiva de sus atributos al acoger la Constitución Política en el artículo 1° de su codificación los principios fundamentales de la descentralización y la autonomía, redujo aparentemente el alcance absoluto que teóricamente podría alcanzar la república unitaria, reconociendo de acuerdo con el artículo 287, entes con capacidad suficiente para gobernarse a través de autoridades propias, ejercer y desarrollar las competencias y servicios que le sean asignados, administrar sus recursos, establecer los tributos indispensables para el cumplimiento de sus objetivos y obtener la participación adecuada en las rentas nacionales, todo conforme a los principios constitucionales y a los desarrollos legales pertinentes.

3. Los municipios

El municipio es una división político-administrativa de un Estado, establecida con el fin de ejercer en un determinado territorio y sobre una población, funciones de gobierno local, dentro de los parámetros, limitaciones y autonomía, fijados constitucional o legalmente. En el caso colombiano no existe un concepto integral de municipio. La Constitución lo entiende como la "entidad fundamental (sobre este elemento volveremos más adelante al tratar el municipio como una entidad territorial) de la división política-administrativa del Estado", prestataria de los servicios y obras que le encomiende la misma norma fundamental y la ley (art. 311 C. P.).

Sin embargo, en algunas otras disposiciones encontramos elementos característicos que nos permiten diseñar operativamente una aproximación conceptual del fenómeno municipal. En este sentido tenemos que se le entiende como entidad territorial de la República (art. 286 C. P.); con personería jurídica (art. 4° Dec. 1333 de 1986); creado por norma administrativa departamental de carácter general (art. 300 N° 6 C. P.); que desarrollan las competencias y funciones asignadas por norma superior (art. 311 C. P., y 11 del Dec. 1333 del 86); en un territorio y para una población bajo la jurisdicción de un alcalde (art. 8° Dec. 1333 del 86); que tiene por finalidad, prestar los servicios, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes, todo conforme a los parámetros y disposiciones constitucionales o legales (art. 311 C. P.).

En el caso colombiano, observábamos al analizar el concepto de municipio, que no existe un criterio normativo único para su identificación y ubicación. Tanto el constituyente como el legislador, nos proporcionan una serie de elementos que unidos delinean la idea de lo que podría ser la institución municipal. No obstante, se han incluido en el nuevo texto dos disposiciones constitucionales que definen perfectamente la naturaleza del municipio: son éstos los artículos 286 y 311. Estas normas desde un punto de vista teórico-conceptual, al hablar de municipio, se refieren a una "entidad territorial fundamental", de la organización política del Estado colombiano.: es decir, además de las prerrogativas que le otorga el hecho de compartir el carácter de Entidad territorial, se le pretende destacar dentro del conglomerado de entidades, como la primera entre ellas. Esta situación no es más que el reconocimiento al antiguo postulado municipalista, que pretendía encontrar en la Institución el vínculo directo entre el Estado y los ciudadanos. El punto de encuentro primario, inmediato o más cercano entre la población y sus instituciones. El lugar inevitable de todo ser humano en todos los instantes de su existencia. No existe persona que no habite un municipio y, por lo tanto, que dicho ente, como institucionalización inmediata del poder público, deba ofrecerle respuestas permanentes a sus necesidades como miembro de dicha comunidad.

La identificación como entidad territorial fundamental, implica necesariamente la interrelación política permanente del hombre con el Estado en procura de resolver problemas básicos de manera solidaria y armoniosa. Sin embargo, por vía constitucional, este pensamiento tiene una clara limitante: la ley. Es ésta la que viene, en últimas a medir el mayor o menos alcance autonómico de la Institución; la posibilidad de prestar los servicios públicos, ejercer las competencias, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, proponer la participación comunitaria y el mejoramiento social y cultural de sus habitantes, depende de los términos en que el legislador, es decir, el poder central del Estado, le imprima al municipio.

El nuevo esquema municipal depende del legislador. Su mayor o menor grado de acción depende de las consideraciones del Estado central. Carece, salvo en aspectos de participación política, de instrumentos propios reconocidos constitucionalmente, como en el caso de los departamentos.

Conforme la estructura constitucional del municipio. El cumplimiento de sus cometidos, la gestión adecuada de sus obligaciones públicas y la plena realización de su desarrollo, se logra mediante la integración de planes que reflejen las necesidades de servicios de la entidad, generen respuestas presupuéstales y encuentren en sus autoridades, es decir, el concejo y el alcalde, voluntad política suficiente para alcanzarlas, dentro de los marcos que el legislador le establezca.

III. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

1. JUSTIFICACIÓN DE SU EXISTENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO.

Conforme a los presupuestos sustentadores del principio de legalidad de la actividad estatal, principalmente e su relación los desarrollos dinámicos de la función administrativa, se deduce que el cumplimiento de los cometidos estatales, implica la concreción del mandato, competencia o atribución conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico y a sus finalidades, de lo contrario las decisiones que emanen de este complejo ejercicio se produciría con serios reparos de validez[25].

El estricto cumplimiento de la legalidad implica, por lo tanto, la garantía jurídica e institucional para los involucrados en las actuaciones estatales, de certeza suficiente, tendiente, en primer lugar, a la protección de la necesaria participación de las personas y demás sujetos de derecho en los desarrollos previos a cualquier decisión, conjuntamente con la administración y el Ministerio Público en los casos en que este lo haga, protegiendo de esta forma sus derechos fundamentales; y en segundo lugar, a que las administraciones produzcan sus decisiones a través de senderos ciertos y predeterminados. En este sentido, se viene sosteniendo en el Derecho Administrativo la necesidad de incorporar para el cabal cumplimiento de la legalidad un elemento adicional, que consolida la seguridad jurídica en la actividad administrativa: se trata del proceso, institución desarrollada para el ejercicio de otras actividades estatales, como la judicial, y que no puede ser extraña para el eficaz encauzamiento y organización de la actividad administrativa como instrumento garante del Estado de derecho para los asociados[26].

La idea del procedimiento aplicable a la actividad administrativa, como garantía de seguridad, defensa y de contradicción, en un ámbito de respeto a la legalidad y como sinónimo de participación y debate entre interesados y administración en procura de decisiones sustanciales y respetuosas de los derechos fundamentales, es reciente en el orden jurídico, prácticamente se relaciona con ultimas evoluciones del Estado de Derecho[27]. Con anterioridad, incluso ya en marcha el Estado

[25] José Guillermo Andueza. "El Derecho de Petición en la Ley Orgánica de Procedimientos", en *Archivo de Derecho Público y Ciencia de la Administración*, Vol. iv, 1980-81, Universidad Central de Venezuela, pp. 107 Jaime Vidal Perdomo. "Principios Generales que Rigen la Nueva Legislación Contenciosa-Administrativa", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,* Nº 65, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, abril-junio de 1984, p. 103.

[26] Aldo Sandulli. *Il Procedimento,* Publicado en Trattato di Diritto Amministrativo, Milano, Giuffré Editore, 2000, Pg 928 y ss. Para el autor la introducción del procedimiento para el ejercicio de los poderes públicos ha significado un alto desarrollo en el proceso de civilización de las relaciones entre los ciudadanos y la administración pública en cuanto significa abandonar el carácter absoluto del ejercicio del poder. Bajo este contexto sostiene Sandulli, el procedimiento no solo representa la forma sino también la sustancia de la función administrativa.

[27] Alejandro Nieto. *El procedimiento Administrativo en la Doctrina y Legislación Alemanas*, Madrid, R.A.P No32 mayo agosto 1960, Pg 76. Austria es el primer país europeo que estableció un régimen sistemático de procedimientos administrativos a través de la ley del 21 de julio de 1925 sobre procedimientos administrativos generales fruto de las influencias jurídico positivistas kelsenianas. La influencia austriaca se dejo ver en las posteriores legislaciones sobre la materia en Polonia 1926, Checoslovaquia y Yugoslavia 1928. Eloísa Carbonell Porras. *Los Procedimientos Administrativos en Estados Unidos,* Publicado en Agencias y Procedimiento Administrativo en Estados Unidos de América, obra conjunta con José Luis Muga Muñoz, Madrid, Marcial Pons, 1996, Pg 53 y ss. La influencia de la legislación austriaca en materia de procedimientos administrativos es evidente en el ordenamiento administrativo norteamericano, en 1946 el congreso expidió la *federal administrative procedure act* (APA) aplicable a las agencias administrativas federales. Por su parte las agencias estatales poseen sus propias leyes de procedimientos administrativos emanadas de un modelo general

constitucional, resultaba extraño y exótico referirse al procedimiento en cuanto pugnaba con las concepciones absolutistas que enmarcaban el ejercicio de la función administrativa[28].

Durante los primeros años del Estado institucionalizado, el ejercicio de la función administrativa se incorporaba dentro de una especie de oscurantismo que negaba cualquier posibilidad de discusión previa con la administración, por parte de las personas que pudieren resultar afectadas con sus decisiones de carácter individual. La Administración se había hecho depositaria de todos los poderes, potestades y derechos quedando el particular simplemente en situación de deber, sujeción y subordinación sin tener realmente derechos, ni tener mecanismos para exigir la garantía de su derecho[29].

La administración se colocaba en posición de superioridad y exorbitancia respecto de los asociados. Sus pronunciamientos se caracterizaban por la unilateralidad en su formación, correspondiendo prácticamente al ejercicio de sus propias razones, ante la ausencia de controversia, réplica o argumentación por parte de los sujetos pasivos de sus decisiones[30].

La reacción del Estado de derecho frente a estas concepciones que implicaban una prolongación de la ideología absolutista en el ejercicio de la función administrativa, no tardó en consolidarse en la doctrina y en el pensamiento jurídico de quienes depuraban las instituciones del nuevo Estado y, hallaban en su esencia la necesidad permanente de garantizar los derechos ciudadanos en cada una de las manifestaciones del poder. En este sentido, en tratándose del ejercicio de la función administrativa, se comienza a plantear la necesidad de la presencia previa del sujeto pasivo de futuras decisiones, como un presupuesto indispensable para la defensa de sus intereses frente a las autoridades, para lo cual se hacia indispensable consolidar el principio de legalidad a través de procedimientos verdaderamente garantísticos y participativos.

La prepotencia de las autoridades y su régimen de exorbitancia encuentra sus primeros cuestionamientos sobre la base, inicialmente, de un incipiente respecto de los derechos de la persona en toda actuación de la administración. Sin embargo, los sustentos materiales de esta relación previa no se definieron con claridad. Si bien es cierto, que se predicaba su necesidad, se carecía de los instrumentos procesales adecuados que brindaron la certeza jurídica, tanto a la administración como a los administrados respecto de las reglas básicas de esa relación antecedente. En la práctica se inicia el reino de una informalidad garantística como reacción al oscurantismo institucional. Esto es, la carencia de procedimiento para la adopción de decisiones por parte de las autoridades administrativas, pero con la idea de la necesidad de proteger los derechos de los ciudadanos, para lo cual en algunos ordenamientos como el colombiano se acudía eventualmente por mandato jurisprudencial a la aplicación de las normas del Código de Procedimiento Civil.

(Model State Administrative Procedure Act) aprobado por la American Bar Association y la National Conference of Commissioners of Uniform State Laws.

[28] Aldo Sandulli. *Il Procedimento,* Publicado en Trattato di Diritto Amministrativo, Milano, Giuffré Editore, 2000, Pg 928 y ss.

[29] Allan R. Brewer-Carías. *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.* Colección Estudios Jurídicos N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 13.

[30] Eduardo García de Enterría. *La Lengua de los Derechos. La Formación del Derecho Público Europeo Tras la Revolución Inglesa, Madrid, Alianza Editorial, 1994* p.182. Destaca como la Administración Pública, desde el mismo momento de su surgimiento, adquirió una preponderancia inusitada, producto entre otras cosas del auge ostentado durante los últimos años del absolutismo y, la idea de los revolucionarios franceses de imponerse y consolidar el proceso histórico iniciado. "... como consecuencia de la revolución, la Administración experimentó un desarrollo espectacular, que la llevó a una posición más fuerte que la que caracterizó a la Administración del Príncipe Absoluto...".

El abandono definitivo de estas concepciones se produce a partir de la más profunda revisión introducida al principio de legalidad como sustento del Estado de derecho. Se incorpora en su interpretación el compromiso ineludible del respeto a otro de los sustentos básicos del Estado institucionalizado, como es el de la prevalencia de los derechos fundamentales. En este sentido, el cumplimiento de la legalidad, implicará a partir de esta nueva interpretación, la garantía jurídica e institucional para los asociados de la certeza suficiente, tendiente, en primer lugar, a la protección de su necesaria participación en los desarrollos previos a cualquier decisión conjuntamente con la administración, protegiendo de esta forma sus derechos fundamentales.

Para lo anterior se convierte en un imperativo, el de que las administraciones produzcan sus decisiones a través de senderos ciertos y predeterminados. De esta forma, se crea para el derecho administrativo, la necesidad de adecuar para el cabal cumplimiento de la legalidad, un elemento adicional que consolida la seguridad jurídica en la actividad administrativa, se trata del proceso, institución desarrollada para el ejercicio de otras actividades estatales, como la judicial, y que no podía ser extraña para el eficaz encauzamiento de la actividad administrativa.

La administración abandona en consecuencia su plano absolutista, prepotente y de ejercicio de poder unilateral para colocarse en posición garantística, admitiendo que por su naturaleza las personas que se le relacionen tienen derechos que pueden reclamar ante ella, por lo tanto no pueden ser aplastados o vejado. "Ya no es un particular indefenso el que la Administración va a tener en frente, en las relaciones jurídicas, sino un particular bien armado con muchos derechos legales y con muchos mecanismos jurídicos para garantizar esos derechos y controlar cualquier actitud que signifique la desmejora de esas garantías"[31].

La importancia del acercamiento de la administración al proceso es tan grande que en la práctica la legalidad sólo podría garantizarse en la medida del establecimiento de reglas claras sobre el comportamiento de los órganos y de los servidores del Estado con la participación armoniosa de los ciudadanos y demás sujetos y personas interesadas, en procura de adoptar las decisiones que correspondan. En otras palabras, el proceso aplicado a la Administración Pública constituye el elemento dinámico y cotidiano que garantiza decisiones conforme a un ordenamiento jurídico ligado estrechamente al derecho y a la democracia[32].

Desde esta perspectiva, los procedimientos administrativos encauzan la actividad pública a través de reglas y principios que buscan en esencia otorgar garantías a los asociados tal como lo hemos reiterado pero también imprimir eficacia a las actuaciones públicas[33]. Resulta, por lo tanto,

[31] Allan R. Brewer-Carías. *Op. Cit., supra*, p. 14.

[32] Juan Carlos Morón Urbina. *Ley de Procedimiento Administrativo General,* Lima, Gaceta Jurídica,2001, Pg 11. Los valores democráticos son de la esencia de la actividad administrativa de aquí que con los procedimientos administrativos se recupere estos valores esenciales para la ciudadania.

[33] Alejandro Nieto. *El procedimiento Administrativo en la Doctrina y Legislación Alemanas*, Madrid, R.A.P No32 mayo agosto 1960, Pg 78. El procedimiento administrativo no se justifica únicamente en cuanto factor importante para imprimir a las administraciones publicas la eficiencia necesaria para el cumplimiento de sus propósitos, es de su naturaleza también y de gran importancia su carácter garantistico. Alfredo Gallego Anabitarte y otros. *Acto y Procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons,2001,Pgs 135. En este contexto debemos destacar la definición intentada por el autor en torno al procedimiento administrativo donde juega de manera importante tanto con la eficacia como con la garantías que el mismo debe ofrecer a los asociados, señala al respecto que"... El procedimiento administrativo se presenta como una garantía de la adecuación de la actividad administrativa a criterios de objetividad y eficacia, y, también, como una garantía del peno respeto de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la administración pública..."Luciano parejo Alfonso. *Eficacia y Administración,* Madrid, MAP-BOE, 1995.Pg 89 y ss. La eficacia en la administración pública se relaciona con el cumplimiento real y efectivo de los cometidos estatales.

indispensable que se adopten procedimientos que faciliten los medios para el efectivo ejercicio de las normas sustanciales. De aquí que el Procedimiento Administrativo resulte ser la herramienta más idónea para reasegurar la ausencia de arbitrariedad en el obrar de la administración.

Desde el punto de vista del derecho positivo nacional esta necesidad ha estado latente en los últimos años, no sólo con la vigencia del Código Contencioso Administrativo, sino también con la Constitución Política de 1991 que obliga prácticamente al legislador a establecer garantías suficientes de naturaleza procesal, para hacer efectivos los derechos ciudadanos. El artículo 29 constitucional en concordancia con el artículo 209 es un ejemplo típico de la urgencia que encuentra el constituyente de aportar normas procesales para la actividad administrativa.

Lo anterior implica aceptar que el Derecho Administrativo moderno incorpora, como una necesidad inaplazable, el proceso al estudiar la teoría del Acto Administrativo, en especial en todo lo referente a los momentos previos a su formación. Es decir, que estamos incursos en un fenómeno de proceso jurídico, que explica los principios y conceptos garantizadores de los derechos de quienes se involucren en la formación de toda decisión de la administración. Es por esta elemental razón, que iniciar el estudio sobre la materia implica un acercamiento tanto material como formal a la teoría general del proceso, de la cual el Proceso Administrativo es una de sus ramas.

El principio de legalidad constituye finalidad indubitable del Proceso Administrativo, en la medida en que estructura la piedra angular a la cual ha de someterse la administración para que sus actuaciones y manifestaciones estén acordes con el ordenamiento jurídico. En este sentido, debemos entender que la legalidad de la administración constituye la finalidad inmediata del Proceso Administrativo.

El determinar la certeza de los pasos a seguir por la administración garantiza al particular su derecho a la participación en el mismo y a que se le respete el debido proceso, lo mismo que sus derechos subjetivos, dando de esta forma plena acogida a los mandatos constitucionales del respeto al bloque de la legalidad. Por otra parte, el proceso busca igualmente la adecuación de sus normas al cumplimiento de la finalidad general del Estado, el bien común y el interés general. Principios estos expuestos en los artículos 2°, 123 inciso 2° y 209 constitucionales, y que constituyen la base del elemento finalístico del Acto Administrativo. En últimas, el proceso administrativo no es otra cosa que la vía sustancial del procedimiento a seguirse para lograr una plena manifestación de voluntad de la administración.

El legislador colombiano recogió precisamente esta tendencia a identificar estos elementos del Proceso Administrativo, en el artículo 2° del Decreto 01 de 1984, cuando determina: "Los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por finalidad: 1. El cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes. 2. La adecuada prestación de los servicios públicos. 3. La efectividad de los Derechos e intereses de los administrados reconocidos por la ley".

2. El derecho positivo de los procedimientos administrativos.

La incorporación en el Código Contencioso Administrativo de un procedimiento en estricto sentido administrativo, como fenómeno anterior a lo jurisdiccional, obedeció a elementales razones de necesidad jurídica del país[34]. La parte primera del Decreto 01 de 1984 vino a llenar el

[34] El profesor Jaime Vidal Perdomo, entonces Senador de la República, sostuvo en la ponencia para primer debate al proyecto de ley, "por el cual se concedían facultades extraordinarias, al Presidente de la República, para reformar el Código

vacío existente en la legislación anterior –Decreto ley 2733 de 1959– en materia de actuación administrativa, no sólo cuando ella es el producto del ejercicio del derecho de petición de un particular sino también en cumplimiento de un deber legal o, como sucede en la gran mayoría de los casos, de oficio. En nuestro concepto, las normas contenidas en los títulos de la primera parte del Decreto 01 de 1984 son generales y aplicables con dicho carácter a todo proceso formativo de un acto, sin importar cuál sea el origen del mismo: sea una petición, el cumplimiento de un deber legal o no deber de oficio.

Los motivos que llevaron al legislador a estructurar un procedimiento de carácter general se ubican básicamente en el vacío evidente de esta clase de reglamentación que hacía dificultosa en muchos casos la marcha de la Administración Pública. Ante esta ausencia se hizo imperiosa la búsqueda de un procedimiento de carácter general que reglara la actividad de la administración, y que fundamentalmente le señalara el camino para expedir cualquier clase de decisión.

El Procedimiento Administrativo se caracteriza por ser unitario pero con etapas perfectamente delimitadas en el ordenamiento positivo. Etapas que podríamos, de acuerdo con la naturaleza de su objeto, denominarlas de formación del acto o procedimiento de la legalidad, y una etapa posterior, también de carácter administrativo pero que no se refiere propiamente a la conjugación de elementos para el nacimiento del acto, de carácter posterior, y tendiente a la eficacia del acto o decisión adoptada por la administración. Esta etapa de ejecución, que resulta indiscutible por su carácter administrativo, es impulsada por las autoridades a través de las denominadas operaciones administrativas.

Dentro del proceso de formación de la decisión administrativa podemos diferenciar tres momentos:

El primero comprende las formalidades y ritualidades propias de la estructuración de la decisión administrativa, momento conocido como de la actuación administrativa. El segundo comprende los procedimientos a seguir en aquellos eventos en que los afectados con los pronunciamientos administrativos impugnan ante la misma administración sus decisiones a través de medios legalmente reconocidos (recursos ordinarios y extraordinarios) y con el fin de que ésta los aclare, modifique o revoque. Esta etapa es conocida como de la vía gubernativa. El tercer momento es la etapa en que la administración publicita sus decisiones, conocido también como procedimiento de notificación o publicación, que le abre paso a la etapa de ejecución antes indicada.

En derecho positivo colombiano, hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto 01 de 1984, se presentaba el problema de que la ley reglamentaba la segunda y tercera de aquellas fases. Entre nosotros el procedimiento comenzaba cuando normalmente termina y debe terminar. Comenzaba con la notificación de los Actos, de las decisiones de la administración.

En efecto, el Decreto 2733 de 1959 –norma vigente hasta 1984– regulaba tan sólo el derecho de petición y la vía gubernativa, la cual obviamente sólo podía iniciarse mediante un recurso contra una decisión; pero omitía referirse al procedimiento de formación de esa decisión. Esta situación fue remediada oportunamente por el legislador de 1984, quedando en consecuencia nuestro ordenamiento procesal administrativo dotado de instrumentos plenos para la formación

Contencioso Administrativo" lo siguiente: "... no ha existido en Colombia una ley sobre este procedimiento gubernativo o administrativo general; es claro que disposiciones con fuerza de ley –y leyes propiamente dichas– y decretos reglamentarios, se han dictado para los llamados procedimientos especiales; así aparecen los complejos y detallados en cuestiones de impuesto de renta, aduanas, extensión del dominio o adquisición de bienes para programas de reforma agraria, para citar algunos ejemplos".

del acto. De esta manera, la expresión "Procedimiento Administrativo" que utiliza el nuevo Código, tiene dos tapas claramente definidas y determinadas: la primera, que se llama de la actuación administrativa, es aquella que antecede a la decisión; y la segunda, que es la vía gubernativa y que corresponde a la etapa de los recursos o trámite de los recursos como se conoce en otras legislaciones. No obstante esta claridad a la entrada en vigencia del Decreto 01 de 1984, aparentemente el legislador otorgó a las notificaciones o publicaciones un tratamiento de tercera etapa, posterior a la adopción de la decisión, una especie de procedimiento final de naturaleza administrativa, tendiente a darle eficacia al Acto Administrativo.

Además de lo expresado en el punto anterior, nuestro Procedimiento Administrativo tiene tres características que lo hacen peculiar y más ágil que los procedimientos judiciales: primero, no es en exceso rituado; si bien es cierto que establece instancias y oportunidades de actuación, en líneas generales es más amplio para cumplir los objetivos y corregir los errores en que en su dinámica se pueda incurrir. Segundo, su período probatorio por estas mismas razones coincide en la práctica con la totalidad de la actuación. Tercero, en cumplimiento del debido proceso admite la necesaria intervención de terceros determinados, indeterminados, y obligatorios en la actuación administrativa.

3. Procedimientos especiales

Desde otra perspectiva se debe aclarar que el régimen positivo colombiano de las actuaciones administrativas se caracteriza por la existencia de gran diversidad de procedimientos especiales –en su mayoría anterior a las disposiciones generales sobre la materia– y un régimen de carácter general, que constituye la regla básica ante la inexistencia de procedimiento especial o la advertencia de vacío en la normatividad específica. Este procedimiento es el contenido en la primera parte del Decreto 01 de 1984, al señalar que los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por estas, en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta primera parte que sean compatibles.

Ahora bien, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional, salvo los procedimientos especiales de orden departamental y municipal, sólo la ley puede establecer procedimientos especiales en derecho colombiano, en cuanto éstos constituyen parte integrante del Código Contencioso Administrativo.

En nuestro ordenamiento, entre otros, son procedimientos especiales aquellos de carácter tributario que se siguen ante la Administración de Impuestos Nacionales; los agrarios que se siguen ante el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y ante el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras, de acuerdo con las leyes 200 de 1936, 135 de 1961 y 4 de 1973; los referentes a la propiedad industrial que se adelantan ante la Superintendencia de Industria y Comercio de acuerdo con lo estipulado en el Código de Comercio y las decisiones del Acuerdo de Cartagena, adoptadas por las normas internas colombianas; los mineros que se adelantan ante el Ministerio de Minas y Energía; los de Registro de Instrumentos Públicos que se surtan ante las oficinas de registros del país; los disciplinarios adelantados por las entidades públicas o la Procuraduría General de la Nación, al igual que los de naturaleza fiscal adelantados por las Contralorías General de la República, departamentales y municipales, en donde existieran.

Además del gran número de procedimientos especiales, existentes en normas diversas, el Decreto 01 de 1984, que se ocupa adicionalmente de establecer algunas disposiciones concretas

para tres tipos de procedimientos especiales. El primero, correspondiente a la ejecución de políticas monetarias, cambiarias y de crédito (art. 80). El segundo, sobre el procedimiento que pueden establecer las autoridades de las entidades territoriales para regular aquellos asuntos que sean de competencia de sus autoridades (art. 81). Y el tercero, los ideados por los organismos del sector central o descentralizado de cualquiera de los niveles para regir las actuaciones que se presenten en el ejercicio de sus funciones a través del derecho de petición (art. 32).

Ha querido el legislador que tratándose de las instituciones financieras con participación mayoritaria de capital público, éstas actúen como ejecutoras directas de las normas y políticas monetarias, cambiarias y crediticias, desempeñando facultades de naturaleza única o diferentes a las que las leyes y reglamentos confieren a las demás instituciones del mismo género, y se sujeten a unas normas excepcionales de naturaleza procedimental, con el fin de que sus actos surtan efectos de manera inmediata, como deben ser las respuestas del Estado frente a los conflictos de carácter económico.

En la práctica, lo especial del procedimiento se limita a tres importantes aspectos: considerar los actos expedidos por estas entidades que son de ejecución inmediata, es decir, de efectos inmediatos, no sujetos a términos dilatorios de ejecutoria, como sucede en las reglas del procedimiento ordinario administrativo. Como consecuencia de este carácter, se establece que frente al ejercicio de la vía gubernativa los recursos pertinentes se concederán en el efecto devolutivo, al contrario de lo que sucede en la generalidad del Procedimiento Administrativo, en donde se conceden en el efecto suspensivo. En segundo lugar, se reiteran para estos procedimientos principios similares a los establecidos en el Decreto 01, es decir, en lo referente al no ritualismo probatorio. Se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informes sin requisitos ni términos especiales. Por último, la norma invita a que la vigilancia de este tipo de actuaciones se someta al control de la Superintendencia Bancaria.

Si bien es cierto que este procedimiento resulta novedoso en la práctica, encontramos que es sólo en los efectos inmediatos de los actos donde existe variación sustancial frente al procedimiento ordinario. En los demás aspectos deberán aplicarse plenamente las disposiciones del Decreto 01 de 1984 (art. 80 numerales 3, 4 y 5).

El artículo 80 del Código Contencioso Administrativo fue objeto de control por parte de la Corte Suprema de Justicia, que mediante sentencia de Sala Plena de julio 14 de 1984 no sólo se pronunció sobre la inexequibilidad de los numerales 1 y 2 de la mencionada disposición, sino que también se ocupó del ámbito de aplicación de este procedimiento especial. Indicó la Corporación en aquella ocasión lo siguiente: "... El artículo 80, aunque redactado en forma que parece aplicable a varias instituciones financieras, se refiere a actos administrativos de una sola institución, el Banco de la República, única entre las que el capital del Estado es mayoritario y hoy actúa como ejecutora en forma directa de las normas y políticas monetarias, cambiarias y crediticias, desempeñando facultades de naturaleza única o diferentes a las que las leyes y reglamentos, confieren a las demás instituciones del mismo género. No se puede afirmar, sin embargo, que eventualmente tal artículo no sea aplicable a otras instituciones financieras de capital público mayoritario, ya que las siempre cambiantes condiciones de la economía nacional, pueden determinar el ejercicio, por parte de algunas de aquellas, de las tareas descritas, de modo no muy nítido en el inciso 1o° del artículo en referencia..."[35].

[35] Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia de julio 19 de 1984.

La segunda de las referencias del Decreto 01 de 1984 tiene que ver con los procedimientos especiales en asuntos administrativos, departamentales y municipales, casos en los cuales se aplicarán las normas generales salvo en aquellos casos en que las ordenanzas o los acuerdos establezcan normas especiales en asuntos que sean de su competencia (art. 81). Se trata de un reconocimiento a la autonomía de las Entidades Territoriales, para que de acuerdo con la complejidad de sus competencias proyecten mecanismos procesales administrativos coherentes con sus necesidades. Se trata de una verdadera excepción al carácter general del Código Contencioso Administrativo. De todas formas, estos procedimientos no podrán ser ajenos a los principios constitucionales y legales que hemos anunciado como rectores de la actividad administrativa.

El Código Contencioso Administrativo deja abierta la posibilidad para que los organismos de la rama ejecutiva del poder público, las entidades descentralizadas del orden nacional, las gobernaciones y las alcaldías reglamenten un aspecto del Procedimiento Administrativo, como es el del derecho de petición de los asuntos que sean de su competencia (arts. 1° inciso 2° de la Ley 58 de 1982, y 32 inciso 2° del Decreto 01 de 1984). La razón de esta decisión del legislador radica en la especialidad de las materias que corresponden a los diferentes órganos de la Administración Pública. De esta forma, se evita generalizar en asuntos que requieren de determinadas orientaciones para la petición original. Es de advertir, que por tratarse simplemente de procedimientos internos no requieren de ser expedidos por ley, de aquí que dichas reglamentaciones están limitadas por el ámbito de las normas legales, en cuanto no pueden modificarlas de ninguna manera, circunscribiéndose tan solo a meros tramites internos de impulso y ordenación de las gestiones públicas.

4. Relaciones entre el procedimiento general del decreto 01 de 1984 y los múltiples procedimientos especiales que rigen para diversas materias.

El procedimiento administrativa regulado en la primera parte del código contencioso administrativo, artículos 1 a 81, como lo advertíamos constituye la regla general de los procedimientos administrativos en el derecho colombiano, es decir operan en la medida en que la función correspondiente carezca de un tramite procesal especifico. En el evento de haberse adoptado un procedimiento administrativo especial para determina función pública, este debe privilegiarse frente al procedimiento general del código contencioso administrativo. Opera en consecuencia en nuestro derecho, para esta relación de procedimientos, el llamado principio de especialidad normativa regulado en el articulo 10 No 1 del código civil según el cual para resolver incompatibilidades en la interpretación de los códigos, "La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general".

En materia administrativa este divorcio entre la especialidad y la generalidad no es de mayor profundidad. De conformidad con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 1 del código contencioso administrativo, el respeto a la especialidad no implica negación de la integración y la complementariedad normativa entre el procedimiento general del decreto 01 de 1984 y los procedimientos especiales. Las falencias normativas de estos últimos, que coloquen en peligro las garantías del debido proceso y el derecho de defensa o la preservación de los principios básicos de las actuaciones administrativas, postulados en la constitución política y en el mismo código contencioso administrativo, deben ser llenadas con las disposiciones de la primera parte del decreto 01 de 1984.

Bajo este presupuesto el principio de la especialidad debe ser siempre entendido sin negación del de integración normativa, al fin y al cabo el decreto 01 de 1984 en cuanto a los procedimientos administrativos se refiere, contiene las normas generales garantísticas en estas materias, luego no pueden ser desconocidas con un mal entendido y absoluto criterio de la especialidad. Indica precisamente el inciso 2 del artículo 1 del código contencioso administrativo que "Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicaran las normas de esta parte primera que sean compatibles." Luego la complementariedad debe efectuarse, en los procedimientos administrativos especiales, frente al código contencioso y no a otros ordenamientos procesales.

5. Procedimiento administrativo para la formación de actos de contenido individual, de contenido general y mixtos.

La característica que se observa del procedimiento administrativo general del decreto 01 de 1984 es que prácticamente fue diseñado para la formación de decisiones administrativas de contenido individual, por lo menos en tratándose del derecho de petición en interés individual, de la iniciación oficiosa o del cumplimiento de una obligación o deber legal esta es la tendencia, en cuanto que, por regla general estas actuaciones terminan con una decisión de esta naturaleza. No ocurriendo esto con las iniciadas en ejercicio del derecho de petición en interés general que en la mayoría de los casos no se consolida en una decisión propiamente dicha, sino en una simple respuesta genérica, no creadora de situaciones jurídicas. Por esta razón se puede sostener que el procedimiento general del decreto 01 de 1984 es principalmente un instrumento propicio para la creación de actos de contenido individual.

En cuanto respecta a la regla general para la expedición de actos de contenido general, se puede sostener que en los actuales momentos se carece de ella en el ordenamiento jurídico nacional. Existen si procedimientos de carácter especial dispersos en diferentes normatividades para la formación y expedición los mas diversos actos de contenido generales, e incluso para algunos otros se carece por completo de procedimiento especifico.

A manera de ejemplo, la expedición de un decreto reglamentario de la ley, la ordenanza o del acuerdo, por parte de la autoridad competente, no tiene un procedimiento especifico, ni en la ley, ni en los actos generales normativos de las competencias de las autoridades locales o departamentales. Así mismo, la expedición de una ordenanza o de un acuerdo, esta sometido a los procedimientos internos de las correspondientes corporaciones públicas. Algunas entidades administrativas como las comisiones de regulación acuden para el ejercicio de sus competencias a las normas especiales de la ley 142 de 1994, que les permiten adoptar regulaciones generales en materia de servicios públicos. En fin, la gran característica de estos actos y de los mixtos es que depende en la practica de procedimientos administrativos especiales para su estructuración y expedición.

6. Competencia para la expedición de procedimientos administrativos.

En cuanto respecta a la competencia para el establecimiento de procedimientos administrativos, sean generales o especiales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 150 No 2 constitucional es del congreso de la republica en cuanto depositario del privilegio para la expedición de códigos,

en el entendido de que los procedimientos administrativos constituyen un componente importante del código contencioso administrativo. Por lo tanto, es esta corporación la llamada a su expedición, modificación, derogación etc.

Es de advertir, que conforma al numeral 10 inc 3 de este mismo artículo esta competencia no puede ser objeto de facultades extraordinarias al presidente de la república. Así las cosas, por regla general, solo por ley podrían expedirse normas relativas a procedimientos administrativos. No obstante este planteamiento, en desarrollo de sus competencias constitucionales y legales las corporaciones departamentales y municipales de elección popular, asambleas y concejos pueden expedir procedimientos administrativos por vía de Actos Administrativos de carácter general. El código contencioso administrativo recoge esta concepción en su artículo 81[36], posición avalada por la Corte Constitucional[37], lo que deja entonces que en Colombia los procedimientos administrativos pueden surgir o de la ley prácticamente en todos los asuntos de nivel nacional o, por acto administrativo de contenido general para los asuntos relativos a los ordenes departamentales y municipales.

7. CARÁCTER MIXTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL DEL DECRETO 01 DE 1984.

Los senderos procesales establecidos como generales en el decreto 01 de 1984 permiten tramitar todo tipo de asuntos administrativos sin diferencia sustancial, material o de naturaleza, lo que lo hace en nuestra opinión un procedimiento mixto o promiscuo, que sirve en consecuencia para adoptar decisiones tendientes al simple reconocimiento de derechos, al igual que a la imposición de sanciones administrativas o incluso para la resolución de conflictos por parte de la administración. En las dos primeras hipótesis actuando la administración como parte interesada y obligada a decidir y en el ultimo como tercero imparcial, en lo que en los modernos procedimientos administrativos se conoce como actuación trilateral o procedimiento trilateral, aspecto este que resulta un tanto confuso en nuestro sistema de actuaciones administrativas, si se tiene en cuenta que al ser diseñado el procedimiento general en 1984, en la primera parte del decreto 01 de ese año, no se le concibió en esta dirección, sin embargo la complejidad de las funciones asignadas a los órganos administrativos colombianos en los últimos años ha llevado a que se aplique este procedimiento a casos como estos, con las dificultades que ello implica[38].

[36] Código Contencioso Administrativo. Artículo 81.–"Procedimientos Especiales. En los asuntos departamentales y municipales, se aplicarán las disposiciones de la parte primera de este código, salvo cuando las ordenanzas o los acuerdos establezcan reglas especiales en asuntos que sean de competencia de las asambleas y concejos".

[37] Corte Constitucional, Sentencia C-252 de mayo 26 de 1994, magistrados ponentes: Vladimiro Naranjo Mesa y Antonio Barrera Carbonell: "... Estima la Corte, que a partir de la expedición de la Constitución de 1991, con la salvedad hecha en relación con los procedimientos especiales que pueden existir en el orden distrital, departamental y municipal, todo Procedimiento Administrativo Especial debe regularse a través de la ley, e incorporarse al Código Contencioso Administrativo, como lo exige, con fines de sistematización, el aparte final del artículo 158 de la Constitución Política [...] los procedimientos administrativos especiales constituyen materia esencial y básica de la primera parte del Código Contencioso Administrativo, que regula los procedimientos administrativos [...] un nuevo Procedimiento Administrativo Especial que se establezca, a partir de la Constitución Política de 1991, necesariamente debe hacerse por el legislador y no a través de facultades extraordinarias [...] un conjunto normativo de esta naturaleza, necesariamente incorpora regulaciones específicas que constituyen excepciones en relación con el procedimiento general ordinario establecido en el mencionado Código...".

[38] En el Perú la ley de procedimientos administrativos desarrolla de manera clara los llamados procedimientos trilaterales. El artículo 219 de la ley peruana de procedimientos administrativos dispone que "... El procedimiento trilateral es el procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o mas administrados ante las entidades de la administración

8. Excepciones a la aplicación de los procedimientos administrativos para la expedición de actos administrativos.

No se aplican los procedimientos generales del decreto 01 de 1984 a las hipótesis determinadas por el mismo legislador las cuales son radicalmente excepcionales en nuestro Estado de derecho. Los incisos 3° y 4° del artículo 1° del Código Contencioso Administrativo son claro ejemplo de estas situaciones de excepción en materia de procedimientos administrativos. Se indica en estas disposiciones que carecen de procedimiento previo y formativo las decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar una perturbación de orden público, en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad y circulación de personas y cosas o el ejercicio de la facultad de libre nombramiento o remoción. Las excepciones a la aplicación de los procedimientos para la adopción de decisiones son de estricto caracteres excepcional y por lo tanto de naturaleza restrictiva. Operan por razones de interés general concretándose muchas veces en la adopción de medidas cautelares de carácter policivo, como ocurre en materia ambiental, urbanística, de orden público, disciplinaria etc.

9. El procedimiento administrativo y la tecnología

Las trasformaciones tecnológicas tienen incidencia directa en la aplicación de las normas sobre los procedimientos administrativos y han mudado sustancialmente los mecanismos y conceptos tradicionales en estas materias. Los adelantos en las comunicaciones y en los medios utilizados para estos efectos han modificado de hecho y de derecho los instrumentos de la administración para la transmisión, recepción y archivo de información o documentación relativa a las actuaciones administrativas. Desde 1995 con la expedición del decreto 2150 el legislador ya estaba previendo estas situaciones que le otorgan sin duda mayor dinámica a principios como los de la celeridad, economía y eficacia en los procedimientos administrativos. Se dispuso en aquella oportunidad que las autoridades debían utilizar los sistemas electrónicos que la tecnología proporcionaba para el manejo de la información y el archivo de la documentación sin limites injustificados o prevenciones de carácter cultural[39].

Con la entrada en vigencia de la ley 527 de 1999 por medio de la cual se definió y reglamentó el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, la situación adquirió mayor claridad y obligatoriedad para la administración pública en todas sus actuaciones, si se tiene en cuanta que al definirse su ámbito de aplicación se acudió al criterio de las actividades o criterio material dentro de las cuales quedaron sin duda comprendidas las que

..." Sobre este aspecto anota el profesor Juan Carlos Morón Urbina *cit. supra*, nota 9 Pg 489 que el estatuto peruano de las actuaciones administrativas además de regular los tradicionales procedimientos lineales de la administración es juez y parte incorpora un procedimiento donde la administración resuelve contenciones entre particulares do como arbitro de las diferencias que le son llevadas por las partes o por una de ellas para generar la controversia administrativa.

[39] Decreto 2150 de 1995 Art. 26."Utilización de sistemas electrónicos de archivo y transmisión de datos. Las entidades de la administración pública deberán habilitar sistemas de transmisión electrónica de datos para que los usuarios envíen o reciban información requerida en sus actuaciones frente a la administración.

En ningún caso las entidades públicas podrán limitar el uso de tecnologías para el archivo documental por parte de los particulares, sin perjuicio de los estándares tecnológicos que las entidades públicas adopten para el cumplimiento de algunas de las obligaciones legales a cargo de los particulares."

tradicionalmente desarrollan las entidades publicas[40] en cumplimiento de los procedimientos de ley, sin que estas se exceptuaran expresamente[41].

Es mas, de manera igualmente general en el artículo 5 de la ley se obliga al reconocimiento y valor jurídico de todo información proveniente o que repose en medios electrónicos[42], entendiéndose que este medio reemplaza al documento escrito si permanece y es posible de posterior consulta[43]. Para la administración pública lo anterior resulta vinculante y obligatorio si se tiene en cuenta que en artículo 19 de la ley se dispone perentoriamente que, los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. "En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y, probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original."[44] En este sentido no cabe mayor discusión si los medios tecnológicos y sobre todo la información que las administraciones deban manejar o evaluar en una actuación o procedimiento administrativo se encuentra en medio de los desarrollados electrónico o similar, por que por ley tienen valor y se les debe considerar independientemente de si estan firmados o no materialmente[45].

[40] Ley 527 de 1999. Art.2. Definiciones "La información generada, enviada, recibida, almacenada comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax; ...Comercio electrónico. Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar.... Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de re representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras, de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial, de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera;... Intercambio Electrónico de Datos (EDI). La transmisión electrónica de datos de una computadora a otra, que está estructurada bajo normas técnicas convenidas al efecto... Sistema de Información. Se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos.

[41] *Artículo 1°. Ámbito de aplicación. La presente ley será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos, salvo en los siguientes casos: a) En las obligaciones contraídas por el Estado colombiano en virtud de convenios o tratados internacionales; b) En las advertencias escritas que por disposición legal deban ir necesariamente impresas en cierto tipo de productos en razón al riesgo que implica su comercialización, uso consumo.*

[42] Ley 527 de 1999.Art. 5°. "Reconocimiento jurídico de los mensajes, de datos. No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos".

[43] Ley 527 de 1999 Art.. 6°." Escrito, Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta. Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito".

[44] Ley 527 de 1999. Art 11. "Criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos. Para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Por consiguiente habrán de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente".

[45] Ley 527 de 1999. Art. 7°. "Firma. Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si: a) Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación, b) Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado. Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en Cualquier norma constituye una obligación como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que no exista una firma".

Con la entrada en vigencia del decreto 2170 de 2002, la situación adquiere mayor contundencia frente a las actuaciones administrativas contractuales, en cuanto que los medios tecnológicos son incorporados en el ordenamiento jurídico para colaborar en la prevalencia de principios como los de publicidad, transparencia y escogencia objetiva, haciendo su utilización obligatoria y vinculante en la medida en que se cuente, por las entidades estatales, con los medios apropiados y los recursos para su mantenimiento. La publicación de los proyectos de pliegos, de los pliegos mismos y de los términos de referencia, o la posibilidad de hacer propuestas vía Internet, significan en la hora actual de la humanidad la incorporación de la administración pública a la civilización.

Las disposiciones comentadas producen efectos directos respecto del alcance de las viejas disposiciones del código contencioso administrativo. Las formalidades y tramites del derecho de petición en todas sus modalidades y manifestaciones, la practica de pruebas, el régimen de convocatorias para notificación, las notificaciones mismas, se ven modificadas en alto grado en el momento en que se le otorgue plena aplicación a estos mecanismos tecnológicos y las administraciones se adapten sin miramientos a sus bondades.

10. El Concepto de acto administrativo en el derecho administrativo colombiano.

En el derecho administrativo colombiano debemos diferenciar entre el acto administrativo de contenido individual, el contenido general y el mixto este ultimo de reciente creación jurisprudencial.

10.1. El Acto administrativo de contenido individual. Concepto

El concepto de Acto Administrativo de contenido individual, personal o concreto constituye uno de los aspectos de mayor dificultad en la teoría general del Acto Administrativo. Las diversas corrientes doctrinarias han producido una amplia y antagónica gama de interpretaciones de este fenómeno jurídico administrativo. Algunos autores para su identificación genérica acuden al método de la exclusión para identificarlo como todo acto jurídico expedido por la administración y sometido al derecho administrativo que ni es reglamento ni mucho menos contrato[46]. Sin embargo dentro de un proceso de enflaquecimiento del objeto del concepto, tendiente a darle mayor precisión, la doctrina se adentra en múltiples, apreciables y notables discusiones con el propósito de reducirlo a lo esencial desde diferentes perspectivas. Aunque el objeto de este trabajo no es entrar en controversias interminables, de manera operacional y básicamente acudiendo a los trabajos de la jurisprudencia y doctrina nacionales hemos adoptado, para efectos de nuestro estudio, el criterio clásico sustancial que se fundamenta en la teoría de la voluntad para conceptuar el Acto Administrativo aunque en esta edición, el carácter voluntario del acto administrativo individual lo reconducimos a una simple regla general en cuanto se advierten ciertas situaciones administrativas que sin ser propiamente emanaciones de voluntad, por simple disposición normativa producen efectos jurídicos.

Entendemos, en este sentido, por Acto Administrativo toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos[47].

[46] Eduardo García de Enterria y otro. *Curso de derecho administrativo,* Volumen I, Madrid, Civitas,1999,Pg 533.

[47] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de julio de 1993 C.p Diego Younes Moreno, expediente AC-853. "... en los oficios que se acaban de transcribir, está contenida una declaración de voluntad de

• *Elementos del concepto de acto administrativo de contenido individual.*

Desde esta perspectiva son, entonces, los siguientes elementos las claves para poder llegar a la conclusión de que existe un Acto Administrativo de contenido individual.

El primero de ellos hace referencia, por regla general, a la existencia de la figura a partir de un acto positivo, consistente en una expresión o manifestación concreta o específica, proveniente de quienes ejercen funciones administrativas. De ahí que el acto se consolida como el principal mecanismo de actuación de la administración, en la medida en que debe contener las respuestas permanentes de la administración para con los asociados. Se trata del medio idóneo y eficaz a través del cual se materializa la legalidad. Desde este punto de vista, constituye una forma institucional de expresión de la administración. Ahora bien, por vía de excepción, el Acto Administrativo también puede consistir en una omisión, tal y como lo expusimos en el capítulo primero de este tomo y se desarrollara en capitulo posterior.

El segundo consiste en la manifestación realizada por quienes ejercen funciones administrativas, esto es, la expresión de lo querido o deseado conforme a derecho, la cual debe ser de naturaleza unilateral. En el Acto Administrativo se trata de expresar tan sólo la voluntad de un sujeto, de aquel que ejerce funciones administrativas. Expresión que la doctrina viene explicando exclusivamente por una sola vía, como es la de la administración, sin cruzarla con la del administrado. En este sentido, el Acto Administrativo se torna en una manifestación de voluntad y no de consentimiento. En esto radica precisamente su carácter de unilateral; no significa sin embargo esta expresión que el administrado no tenga participación previa en el procedimiento de formación del Acto Administrativo. En virtud de la garantía constitucional del debido proceso, establecida en el artículo 29 constitucional, todo sujeto respecto del cual quien ejerce funciones administrativas debe pronunciarse, tiene derecho a hacerse parte en la respectiva actuación, a controvertir las pruebas allegadas y solicitar las que considere oportunas. Lo unilateral es, única y exclusivamente, la decisión final, aquella a través de la cual se resuelve de fondo la actuación; aquella que se pueda calificar como Acto Administrativo.

una entidad pública (Consejo Nacional de Televisión) cuyos efectos son los de impedirle al demandante la transmisión del Programa Recreativo Dramatizado Extranjero Telenovela "CARA SUCIA", por los motivos allí señalados. Estas declaraciones de voluntad reúnen los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia demandan para que exista acto administrativo 1. declaración de voluntad. 2. De origen administrativo y 3. Que proyecte sus efectos en el ámbito jurídico...Esta Corporación, por su parte, ha sostenido que el acto administrativo es esencialmente una declaración de voluntad destinada a producir efectos de derecho. Tiene entre otras consecuencias la de estar sometido al control jurisdiccional (Sentencia de abril 20 de 1983. Consejero Ponente Dr. Joaquín Vanin Tello)...En esas condiciones, se desvirtúa la argumentación del accionante, según la cual no existe "acto administrativo de ninguna naturaleza, ni siquiera oral por parte de Inravisión o del Ministerio de Comunicaciones, o notificación de ninguna especie en su condición de programador de televisión...Existiendo pues acto administrativo, el accionante puede impugnarlo mediante la vía gubernativa inicialmente y posteriormente mediante la acción judicial correspondiente." El concepto voluntarista para la determinación del contenido de acto administrativo individual, denota seria influencia de los desarrollos materiales del concepto según los trabajos de la doctrina alemana que incorporo para el estudio de la institución la teoría del negocio jurídico. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 16 de febrero de 2001. Cp Olga Ines Navarrete Barrero, Exp 3531 "actos administrativos, "conductas y abstenciones capaces de producir efectos jurídicos y en cuya realización influyen de modo directo o inmediato la voluntad o la inteligencia",... Los actos administrativos constituyen la expresión unilateral de la voluntad de la Administración por medio de la cual se crea, en forma obligatoria, una situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracta, o bien, de carácter subjetivo, individual y concreto, es decir, que se trata de una decisión capaz de producir efectos jurídicos y, en consecuencia, de vincular a los administrados...". En similar sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 14 de octubre de 1999. Cp Manuel S Urueta A, Exp 5064.

El tercero señala que el Acto Administrativo debe ser, básicamente, expresión de voluntad[48]. La voluntad constituye el querer, la intención, la actitud consciente y deseada que se forma en el órgano administrativo de acuerdo con los elementos de juicio que le son aportados o que la administración recopila en el ejercicio de su función y las normas jurídicas que corresponda aplicar al caso concreto. La declaración de voluntad debe provenir del ejercicio de la función administrativa, realizada por la administración o por quien haga sus veces. En este sentido, la voluntad de la administración es un problema vinculado al principio de legalidad, a las normas de competencia que atribuyen específicas materias a quienes ejercen funciones administrativas. La voluntad de la administración no puede ser otra que la establecida en la norma constitucional, legal o reglamentaria y que es desarrollada por el intérprete y ejecutor de la administración, para el caso concreto el servidor público o el particular con funciones administrativas. La voluntad de la administración no puede confundirse con la voluntad del servidor público o del particular que ejerce funciones administrativas. Se trata de dos conceptos de voluntad de contenido y materia diferentes. La voluntad de la administración es institucional, normativa, regulada, emana del derecho[49]. La voluntad del servidor como persona es subjetiva y corresponde a su querer y autonomía y no guarda relación de ningún genero con las funciones públicas que le corresponde ejercer.

Advertimos a propósito de la voluntad, que la hemos incorporado en la definición operacional propuesta a titulo de regla general, es decir, acepto en esta edición del tratado, que de manera excepcional determinadas manifestaciones de la administración sean meramente objetivas productoras de efectos jurídicos por disposición legal. El asunto es fácil de entender en la legislación colombiana. Estaríamos frente a la regla general en relación con la voluntad en los eventos en que la administración debe reconocer un derecho, imponer una sanción, decidir una controversia, otorgar un permiso o una licencia, en fin cuando se trate de poner termino a un procedimiento Administrativo[50]. Sin embargo por vía de expresa definición normativa determinadas situaciones jurídicas adquieren vida por simples actuaciones de las autoridades en donde no interviene en absoluto la voluntad. El ejemplo lo encontramos en el inciso 3 del artículo 84 del Código contencioso administrativo, que considera para todos los efectos acto administrativo de

[48] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto del 9 de marzo de expediente 1725, Cp Lucrecio Jaramillo Vélez. "...Voluntad administrativa.–Otro elemento esencial del acto administrativo es la existencia de una voluntad estatal válida exteriorizada en una declaración expresada en forma legal. El acto administrativo se aprecia a través de esa declaración, pero lo esencial es la voluntad real del órgano administrativo.

[49] León Duguit. *Manual de Derecho Constitucional,* Madrid, Francisco Beltrán Librería Española y Extranjera, 1926, Pg 99. Duguit es supremamente claro en este aspecto. Sostiene precisamente que si el acto administrativo individual es manifestación de voluntad, en cuanto ostenta doctrinalmente el carácter de acto jurídico, esa voluntad no puede estar distanciada en un Estado de derecho de la ley y del derecho objetivo. Se trata de una condición fundamental para deslindar esta voluntad de la personal del servidor público.

[50] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 16 de febrero de 2001. Cp Olga Ines Navarrete Barrero, Exp 3531 "...También por vía de doctrina se han efectuado importantes aportes orientados a puntualizar la existencia de un acto administrativo y, a distinguirlo de otro tipo de actos, como las llamadas circulares de servicio, cuyo alcance es el de instruir, orientar o coordinar a la administración, pero, jamás tienen la virtualidad de obligar, ejemplo los conceptos de los asesores jurídicos; los certificados de tiempo de servicio. Puede ocurrir, que por extralimitación de funciones, o por error de técnica administrativa, a través de un acto de servicio, trátese de una circular o de una carta de instrucción, se expidan decisiones, que son verdaderos Actos Administrativos, evento en el cual, sin duda alguna pueden ser demandables por vicios en su formación, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo..." En similar sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 14 de octubre de 1999. Cp Manuel S Urueta A, Exp 5064.

carácter individual a los de certificación y registro. En este sentido actos como los de mera certificación o simple conocimiento, actos de información o de comunicación siempre y cuando creen situaciones jurídicas o impongan obligaciones[51].

El cuarto determina que las manifestaciones unilaterales de voluntad no sólo pueden provenir de los órganos de la rama ejecutiva del poder público, sino también, de cualquier autoridad de los otros poderes u órganos autónomos e independientes, e incluso de los particulares, a los que les hubieren sido atribuidas funciones administrativas. El ejercicio de otras funciones –legislativas o judiciales–así estén atribuidas a órganos que por naturaleza sean administrativos, no serían actos administrativos, y lo contrario, si la función administrativa es desarrollada por cualquiera de los otros órganos del poder público o por particulares producirá por excepción actos administrativos. Se trata, sin duda alguna, del mejor ejemplo de articulación entre los criterios material y formal al interior del concepto de Acto Administrativo. En esta perspectiva, el Acto Administrativo podría ser producido, por regla general, por los órganos del poder ejecutivo, y por regla de excepción, por las autoridades legislativas, judiciales o de las entidades autónomas e independientes e incluso por los particulares, cuando les hubieren sido atribuidas funciones administrativas.

El quinto caracteriza al Acto Administrativo por su naturaleza decisoria, esto es, por poseer la fuerza suficiente para crear situaciones jurídicas a partir de su contenido[52]. En consecuencia, si la manifestación de voluntad no decide ni crea situación jurídica, no es un Acto Administrativo. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado al indicar: "... El acto en la doctrina general, en forma simple, es una manifestación de voluntad de un ente de derecho. Es una decisión que produce efectos jurídicos. La noción de decisión es entonces un concepto central dentro de esta materia, y se infiere que para que la jurisdicción intervenga a modo de control se requiere que el objeto sobre el cual actúa constituya, en materia de manifestación intencional, la voluntad de una decisión que en el lenguaje del derecho comparado se denomina a veces providencia, otras veces resolución o decreto, pero cuyo elemento central, al lado de otros que integran su esencia, es la virtualidad de producir efectos en derecho. Así, el Acto Administrativo, a la luz de la ley colombiana, es una manifestación de voluntad, mejor se diría de la intención, ya que ésta supone aquella, en virtud de la cual se dispone, se decide, se resuelve una situación o una cuestión jurídica, para como consecuencia crear, modificar o extinguir una relación de derecho..."[53]. Si la manifestación de quien ejerce funciones administrativas no es decisoria, no

[51] Eduardo García de Enterria y otro. *Curso de derecho administrativo,* Volumen I, Madrid, Civitas,1999,Pg 537.El autor otorga un tratamiento no absoluto al elemento de la voluntad en el acto administrativo individual, sostiene, retomando los trabajos de Zanobini, que también el acto puede ser la manifestación de juicio, conocimiento o deseo de la administración.

[52] Ernest Forsthoff. *Tratado de Derecho administrativo,* Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, Pg 282 "... el acto administrativo es un concepto jurídico, que tiene que cumplir una función dentro del derecho. Por eso solo puede comprender aquellos actos de los que emana directamente un efecto jurídico...".

[53] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de enero 22 de 1987, C. P. Hernán Guillermo Aldana Duque, exp. 549. En igual sentido, Sección Primera, Sentencia de agosto 5 de 1991, C. P. Yesid Rojas S., exp. 1588: "... es elemento esencial el carácter decisorio que lo haga capaz de producir efectos jurídicos; de crear, modificar o extinguir una situación jurídica. Sólo entonces, dicho acto, se coloca en condiciones de ser susceptible de control jurisdiccional...". Sección Segunda, Sentencia de diciembre 18 de 1991, C. P. Álvaro Lecompte Luna, exp. 3936. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 16 de febrero de 2001. Cp Olga Ines Navarrete Barrero, Exp 3531"...La producción de efectos en el plano externo, esto es, frente a los particulares, constituye precisamente el punto medular que perfila la existencia del acto administrativo, y que lo diferencia de los

está llamada a producir efectos en el mundo jurídico. Podría ser entonces un acto de la administración, pero no un Acto Administrativo de contenido individual. La manifestación de voluntad debe provocar alteraciones jurídicas en el mundo exterior, modificando o extinguiendo las existentes o creando nuevas situaciones de relevancia ante el derecho, esto como efecto directo de su carácter decisorio.

En sexto lugar, la consecuencia directa y caracterizadora del Acto Administrativo de contenido unilateral, surgida a partir de la exigencia decisoria que emana de su concepto, es la de que se traduce en una manifestación de voluntad con fuerza ejecutiva, lo que implica para las autoridades, la generación por consecuencia, de obligaciones unilaterales o de realización de las operaciones materiales indispensables, con el propósito de hacer eficaz o ejecutorio en el ámbito externo de la administración lo dispuesto en el acto correspondiente. Esta prerrogativa de poder, desarrollada en el derecho francés, básicamente a partir de los trabajos de Hauriou[54] como una acción de oficio de la administración, se ubica modernamente, en nuestra opinión, en las razones sustentadoras del principio de autotutela que rige a la administración pública[55]. La administración no se puede satisfacer exclusivamente con la simple existencia del Acto Administrativo. La decisión no puede quedar al interior de la administración. Los potenciales efectos jurídicos creados por el Acto Administrativo deben hacerse eficaces, para lo cual el ordenamiento le reconoce suficientes poderes de ejecución a la administración, no sólo para que los dé a conocer, sino también, y de manera principal, para que los haga efectivos y eficaces unilateralmente, a través de los procesos o procedimientos operativos coherentes con lo dispuesto en ellos[56].

Para que el Acto Administrativo sea eficaz se requiere que la administración agote, previamente, los procedimientos dirigidos a su exteriorización, con el fin de producir efectos en el mundo del derecho. En este sentido, la exteriorización no es otra cosa que el ánimo de declarar, trasladar al mundo exterior, por los medios legales, lo decidido. Se lleva a cabo, de esta forma, la tarea publicitaria necesaria para lograr que los efectos queridos en el ordenamiento jurídico por el Acto Administrativo se cumplan frente a sus destinatarios, en caso contrario, nace irremediablemente la obligación de imponerlos unilateralmente por la administración, en virtud de la fuerza ejecutoria que de ellos emana[57].

Significa esto, que lo ejecutorio del acto depende se su firmeza y publicidad. Las decisiones administrativas carentes de esta característica esencial para su eficacia no pueden ser sometidos de manera valida a procedimientos u operaciones ejecutorios. El debido proceso se encontraría comprometido frente a actitudes como estas, en cuanto que, lo que se observa de las operaciones tendientes a lograr la firmeza de los actos administrativos no es otra cosa, que la consolidación de un amplio campo de garantías para la debida defensa y contradicción de la decisión adoptada. Por lo manos esto es lo que se deduce de la redacción de los artículos 44, 61 y 62 del código contencioso administrativo, cuando no obstante establecer en la ultima de las disposiciones las hipótesis de firmeza de los Actos Administrativos, determina en las dos primera que el efecto de los mismos depende de haberse satisfecho plenamente la publicidad de los mismos, so

llamados actos Inter.-orgánicos..." En similar sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 14 de octubre de 1999. Cp Manuel S Urueta A, Exp 5064.

[54] Andrés Betancor Rodríguez. *El Acto Ejecutivo,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, Pgs 337 y ss.

[55] Eduardo García de Enterria y otro. *Curso de derecho administrativo,* Volumen I, Madrid, Civitas,1999,Pgs 481 y ss.

[56] Juan Carlos Cassagne. *La Ejecutoriedad del Acto Administrativo*, Buenos aires, Abeledo-Perrot, 1971. Pgs 49 a 55.

[57] Juan Carlos Cassagne. *La Ejecutoriedad del Acto Administrativo*, Buenos aires, Abeledo-Perrot, 1971. Pg 52.

pena, conforme al contenido del articulo 48 de la misma codificación, de que la decisión no produzca ningún tipo de efectos.

El carácter ejecutivo del Acto Administrativo en el derecho procesal administrativo colombiano y las consecuentes obligaciones de ejecución del mismo, en lo que entiende como el carácter ejecutorio de las decisiones administrativas o la consecuente acción administrativa de imponer unilateralmente lo dispuesto en ellos, se desprende de la redacción del artículo 64 de la código contencioso administrativo, según el cual "...Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por si mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados..."

10.2. El acto administrativo de contenido general. Reglamento

Al referirnos al Acto Administrativo de contenido general estamos haciendo mención a una especial modalidad de expresión del poder público administrativo, que comprende todas aquellas manifestaciones normativas, sean reglamentarias o reguladoras, provenientes de cualquier autoridad administrativa, caracterizadas por su generalidad y que tienen como fundamento directo la Constitución Política o la ley[58]. Bajo estos presupuestos recogemos para el derecho colombiano la teoría del reglamento administrativo al que tradicionalmente se le considera una fuente del sistema normativo.En Colombia, a diferencia de otros ordenamientos, el reglamento es acto administrativo de carácter general. Se instituye como el principal mecanismo de proyección normativa en cabeza de los órganos y personas con funciones administrativas, creador de situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas, diferentes a la ley o a los actos con fuerza de ley, pero coincidente con esta, en cuanto contiene reglas de derecho y no decisiones individuales o concretas.

Como lo advertíamos, el tema del llamado Acto Administrativo de carácter general surge para la teoría del acto de manera tangencial, a partir del desarrollo del concepto material de ley[59], de donde se desprende la hipótesis de que las autoridades administrativas pueden expedir actos de contenido general similares a la ley pero ausentes de los procedimientos y de la base democrática de esta. Este asunto que en algunos ordenamientos jurídicos, se resuelve por la vía de la concepción, según la cual, estas manifestaciones constituirían verdaderas expresiones legislativas. En otros como el nuestro, rechazamos esta posturas calificando a las mismas, como fenómenos propios y exclusivos de la administración en ejercicio de sus poderes y atribuciones de carácter publico, es decir, orgánica y funcionalmente diferentes a la ley, por lo tanto manifestaciones generales y abstractas propias de la administración y de ninguna manera del legislador.

Es de aceptación que los órganos ejecutivos, para el debido cumplimiento de la ley e incluso de la misma constitución, profieran actos similares a la ley en cuanto a su generalidad e impersonalidad. Por lo tanto actos administrativos de carácter general, a los que la doctrina jus-publicista denomina reglamentos en cuanto a diferencia del acto administrativo tradicional no producen situaciones jurídicas particulares o concretas sino que contiene normas de aplicación abstracta[60].

[58] Consejo de Estado, Sala de consulta y servicio Civil, concepto de marzo 11 de 1968. C.P. Alberto Hernandez Mora.

[59] Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito, versao Condensada pelo Autor,* Sao Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.Pg 105.

[60] Alfredo Gallego Anabitarte y otros. *Acto y Procedimiento administrativo,* Madrid, Marcial Pons, 2001, Pgs 29

Las principales manifestaciones de los Actos Administrativos de carácter general las encontramos en los actos expedidos a partir del ejercicio de la potestad reglamentaria de todas las leyes sin limitación alguna[61] atribuida por la Constitución al presidente de la republica[62] al igual que en las potestades reglamentarias de otras normas diferentes a las leyes, como los acuerdos u ordenanzas por parte de los alcaldes y gobernadores en ejercicio de sus atribuciones legales. Así mismo, por mandato constitucional las corporaciones administrativas de elección popular en ejercicio de sus competencia expiden normalmente actos de carácter general de contenido nor-

[61] Este tema no ha sido pacifico en la jurisprudencia nacional. En algunos pronunciamientos el Consejo de Estado ha expresado que no es posible reglamentar determinado tipo de leyes, argumentación que en nuestra opinión carece en absoluto de una base cierta y definida. Sobre este aspecto en decisión de la sala de Negocios Generales del 25 de septiembre de 1944 expreso lo siguiente: "Al precisar esta tesis sobre el ejercicio normal y regular de la potestad reglamentaria, conviene afirmar que el Jefe del Estado carece de competencia constitucional para reglamentar las leyes que versan sobre materia civil o penal, organización judicial y normas procesales en general. Se justifican estas excepciones en el ejercicio de la potestad reglamentaria, porque las relaciones jurídicas que origina el derecho privado contractual, la institución de la propiedad, las acciones civiles para ejercitar los derechos en juicio, el derecho de castigar y las formas de proceder, no pueden ser del resorte del poder administrativo, sino de competencia privativa de la ley." "Esta jurisprudencia está acorde con las enseñanzas de los tratadistas. Para Maurice Hauriou, los reglamentos 'tienen por fin asegurar la organización y funcionamiento de los servicios públicos'. Y, como es sabido, el funcionamiento normal de los servicios públicos es lo que constituye la actividad regular de la administración. La tesis de que la potestad reglamentaria sólo puede versar sobre las leyes administrativas se funda en la consideración de que si la potestad reglamentaria tiene por objeto habilitar al Gobierno para que pueda dictar las medidas necesarias 'para la cumplida ejecución de las leyes', mal puede extenderse a los Códigos Civil, Penal, Judicial, etc., respecto de los cuales no cabe el concepto de ejecución por parte del Gobierno, sino el de aplicación por parte de las autoridades jurisdiccionales, y para la cumplida aplicación de dichos códigos lo que tiene cabida es la interpretación, la cual con autoridad sólo corresponde al legislador, según el precepto de la Constitución: ejus est interpretari cujus est legem condere." En providencias posteriores la corporación ha rechazados esta tesis limitativa aceptando la posibilidad de que el presidente se ocupe por vía reglamentaria de todo tipo de leyes. Puede en efecto consultarse auto del 17 de febrero de 1962en donde se expreso lo siguiente: "...El artículo 120, ordinal 3, de la Carta no establece distinciones de naturaleza alguna en relación con los códigos. De consiguiente, a la jurisprudencia le está vedado hacer clasificaciones y consagrar diferencias que el mandato constitucional repele. La distinción sólo se consagra en función de la necesidad de la reglamentación, y de la competencia del órgano encargado de hacerla. El enunciado dogmático de que todos los códigos y leyes que los modifican caen fuera de la órbita de la potestad reglamentaria, carece de soporte constitucional si se plantea de manera absoluta;..." En sentencia de 10 de octubre de 1.962, se reitera lo anterior al indicar que," el grado de la reglamentación lo señala tácitamente y en cada caso el propio cuerpo legislativo. Tanta será la materia reglamentable por el ejecutivo, cuanta determine la necesidad de realizar el estatuto expedido por las cámaras. En la sentencia 24 de mayo de 1.973, el Consejo de Estado advirtió, enfáticamente, que era reglamentable "en primer término y por definición constitucional, la ley, cualquiera ella sea, incluidos los códigos".

[62] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de febrero de 2000 Cp Javier Díaz Bueno, Exp S-7018 "La potestad de reglamentar las leyes es atribución sólo del Presidente de la República, y no de otras autoridades administrativas, que ha de ejercer, desde luego, con la colaboración del ministro del ramo o director de departamento administrativo correspondiente, según lo establecido en el artículo 115 de la Constitución; Los límites de la potestad reglamentaria están señalados en cada caso por la necesidad de que sea cumplida debidamente la ley de que se trate, de manera que si la ley suministra todos los elementos indispensables para su cumplimiento, nada habrá de agregársele y, por consiguiente, no habrá oportunidad para el ejercicio de la potestad reglamentaria; pero si faltan en ella detalles necesarios para su correcta aplicación habrá lugar a proveer a la regulación de esos detalles, en ejercicio de la potestad reglamentaria. En otros términos, tanta será la materia reglamentable cuanta determine la necesidad de dar cumplimiento a la ley, y La potestad reglamentaria de las leyes está referida a cualesquiera leyes, sin distinciones, que no las establece la norma constitucional... El poder reglamentario lo otorga directamente la Constitución al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, con la finalidad de que expida normas de carácter general para la correcta ejecución de la ley. Por ser una atribución propia que le confiere la Carta Política, no requiere de una norma legal que expresamente la conceda y se caracteriza además por ser atribución inalienable, intransferible e inagotable, no tiene un plazo para su ejercicio y es irrenunciable, aunque no es un poder absoluto pues se halla limitado por la Constitución y la ley, ya que al ejercerla el Presidente de la República no puede alterar o modificar la ley que reglamenta".

mativo[63]. En esta misma dirección la gran mayoría de las autoridades administrativas cuando expresamente se encuentren habilitadas por la ley para dictar normas generales lo hacen por la vía de actos de esta naturaleza, como los ministros, jefes de departamentos administrativos superintendentes, en fin todos aquellos que deban crear derecho o reglas vinculantes con fuerza genérica, eventos en los cuales técnicamente no estamos ante el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino del cumplimiento normal y ordinario de atribuciones a través de actos administrativos generales[64].

Similar situación se presenta cuando el legislador atribuye a determinadas autoridades administrativas la facultar de regular por su especialidad determinadas materias, esto es, expedir normas generales vinculatorias para las mismas o los sectores de su influencia en estos casos estamos no ante facultad reglamentaria, ni mucho menos legislativa, sino por el contrario de estricta naturaleza administrativa por vía de acto de esta clase es decir administrativos, ejemplo claro el de las comisiones de regulación en materia de servicios públicos[65]. Por ultimo por mandato constitucional, algunas autoridades, mediante atribución directa de la carta expiden actos de carácter general en los asuntos de sus competencia, el ejemplo lo encontramos el contralor general de la nación, las autoridades del Banco de la Republica, el Consejo Nacional Electoral, entre otros

10.3. El acto administrativo de contenido mixto.

El Acto Administrativo de contenido mixto corresponde a una especial calificación jurídica efectuada a determinadas manifestaciones de las autoridades administrativas caracterizadas por su doble naturaleza de normativas, generales, abstractas e impersonales, y a la vez generadoras de situaciones jurídicas personales, individuales y concretas. Se trata de actos que rompen la dogmática tradicional de construcción de decisiones administrativas en los términos indicados en los literales anteriores; que se estructuran de manera compleja en el sentido de compartir en su objeto tanto decisiones propiamente dichas con elementos normativos. Esta modalidad surge sin duda sobre la base de ofrecer respuestas procesales a situaciones creadas por la administración que no lograban obtener respuestas en las interpretaciones tradicionales de la teoría del Acto Administrativo, y que en muchas ocasiones llevaban a indefiniciones jurídicas o incluso a claras hipótesis de inseguridad y ausencia de control para la administración productora este tipo de actos administrativos[66].

[63] Consejo de Estado, Sala plena de lo contencioso Administrativo, Sentencia de febrero de 2000 Cp Javier Díaz Bueno, Exp S-7018. "Distinta de esa potestad para reglamentar la ley, es la facultad de las asambleas departamentales para administrar recursos y para establecer tributos que le atribuyen los artículos 287, numeral 3, y 338 constitucionales. Se trata no de la potestad de reglamentar la ley para hacer posible su adecuado cumplimiento, que eso es reglamentar la ley, sino de cumplir una función propia, la de administrar recursos y establecer tributos, y ello mediante actos de carácter general".

[64] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Primera, Sentencia de 29 de octubre de 1.976. "Esta competencia tiene, como se ve, origen legal y no es desarrollo de la potestad reglamentaria que, en principio, sólo le corresponde al Gobierno, ni tampoco constituye el desarrollo de una delegación. Una cosa es la reglamentación de la ley, cometido que no requiere texto legal que lo autorice o reitere; y otra, muy diferente, la adscripción de competencia a un ministerio para que cumpla o ejecute una misión determinada, aspecto que debe estar expresamente señalado en la ley. El hecho de que esta facultad deba traducirse, de ordinario, en decretos de carácter general o abstracto no la asimila a la citada potestad, causa de los reglamentos que para la cumplida ejecución de las leyes debe dictar el Gobierno, dentro de los marcos o límites que implícita o explícitamente se deriven de la ley reglamentada, pero no más...".

[65] Corte Constitucional. Sentencia C-1162 del 6 de septiembre de 2000, M.P. José Gregorio Hernandez.

[66] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 6 de abril de 2000, Cp Olga Ines Navarrete Barrero, Exp 5373"El acto acusado, en cuanto contiene decisiones con efectos particulares y generales, a la vez, resulta ser un acto administrativo mixto, según lo ha reconocido la Sala en providencias anteriores. También ha

IV. LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN. LOS LLAMADOS CONTRATOS ESTATALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO.

1. El dilema del derecho público y del privado en el contrato estatal colombiano

Intentar aproximarse al régimen jurídico de los contratos estatales en el derecho administrativo colombiano, conforme a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y en las demás disposiciones legislativas que de manera especial se refieren a la contratación de algunas entidades públicas, constituye tema de dificultad y controversia en el derecho nacional; en efecto, implica retomar y articular a la vez conceptos fundamentales tanto de derecho público como privado en materias neurálgicas para el cumplimiento de las funciones públicas y la satisfacción de los intereses generales, como son las propias de los contratos que las entidades estatales pueden celebrar en el tráfico jurídico ordinario.

Se trata de abordar una problemática poco pacífica para la doctrina y la jurisprudencia colombianas, no sólo en razón de los intereses que la materia involucra, sino también en virtud de las radicales transformaciones que se han consolidado en el derecho colombiano en los últimos años. El régimen jurídico nacional ha pasado por casi todas las posturas ideológicas en materia contractual. De un régimen poco interventor, donde dominaba el derecho privado[67] desde el punto de vista sustancial y procesal, se pasó paulatinamente, en menos de 40 años, a un sistema que incorporaba principios y procedimientos de derecho público para la escogencia de contratistas por el Estado, a la vez que trasladaba sus litigios al juez contencioso administrativo (Decreto 150 de 1973 y, posteriormente, Decreto 222 de 1983[68]), y de allí a un sistema mixto, que sustancialmente acepta el derecho público tanto como el privado. Precisamente Carlos H. Pare-

expresado la Sala que este tipo de actos, en cada una de las disposiciones de efectos individuales o concreto, viene a constituir "una disposición propia de un acto condición, o dicho de otro modo, legal y reglamentario, en tanto coloca o inserta a cada uno de los inmuebles por ellos relacionados en el régimen general contenido en los mencionados decretos, del cual, por lo tanto, pueden ser excluidos en cualquier época. El carácter mixto de este tipo de actos permite que sean demandables tanto en acción de simple nulidad, como de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, quien pretenda algo más que la simple desaparición de los efectos jurídicos del acto, como sería el caso de indemnizaciones por perjuicios, necesariamente debe acudir a la acción de nulidad y restablecimiento, dentro del término de caducidad. Esta providencia es reiteración de las sentencias de fechas 21 de marzo de 1996, Exp. 3575, Ponente: Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz; 18 de marzo de 1999, Exp. 5253, Ponente: Dr. Juan Antonio Polo Figueroa y 12 de agosto de 1994, Exp. 5500, Ponente: Dr. Juan Antonio Polo Figueroa.

[67] Vidal Perdomo. "La noción de contrato estatal", *ponencia.*, p. 2. Señala este autor que la característica fundamental del régimen jurídico aplicable a la Administración Pública en materia de contratos, durante muchos años, fue la de acudir al Código Civil para su regulación. Se presentaba una especie de identidad entre los contratos del Estado y los de los particulares: "Por ello en el Código Contencioso Administrativo de 1941 (Ley 167 de aquel año), se prohibía que fueran acusadas ante esa jurisdicción las resoluciones de las autoridades que tuvieran origen en un contrato...". La reforma constitucional de 1945 abrió las puertas para que el Consejo de Estado comenzara a conocer de estos litigios, al suprimir del conocimiento de la Corte Suprema de Justicia "los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 17 de febrero de 1977, C. P.: Jorge Valencia Arango: "Hasta la vigencia del Decreto 528 de 1964, era claro que toda controversia contractual en que fuera parte el Estado era de competencia de la justicia ordinaria...".

[68] Gabriel Jiménez Salgado y Benjamín López Ramírez. *Contratos de la Administración Pública. Compilación y notas*, Bogotá, Ministerio de Gobierno, 1974. Para efectos de entender la gran cantidad de normas que se comenzaron a expedir en el derecho nacional en materia de contratación, a partir de los años 30 y hasta la entrada en vigencia del Decreto 150 de 1976, se puede consultar con provecho esta obra.

ja, en 1937, al describir las características jurídicas del contrato celebrado por las entidades públicas en todos sus niveles, se quejaba de su absoluta sujeción al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria. Al respecto sostenía que "No se ha formado en Colombia, como ya observamos, una teoría de los actos administrativos, y menos un criterio uniforme y seguro sobre esa clase especial de actos de la Administración Pública que se conocen con el nombre de concesiones y contratos administrativos..."[69].

En su descripción del sistema dominante este autor resalta que la ley de la jurisdicción de lo contencioso administrativo no había incorporado plenamente los principios y reglas del derecho francés sobre el control judicial contencioso administrativo[70]. Profundamente influenciado por la escuela de los servicios públicos, Pareja reclama, por esta época, sujetar el contrato del Estado a la concepción bipartita de contratos administrativos y de derecho privado de la Administración, con base en la idea de que el Estado, por principio, debe preservar el interés general que involucra todo servicio público.

Ahora bien, sólo entrada la década del 60 del siglo pasado, los trabajos de Pareja tienen recibo jurisprudencial y legal, con lo que entra la contratación del Estado en un claro proceso de sustantividad. Como consecuencia de esta consolidación doctrinal se incorpora la clásica división francesa de contratos de derecho administrativo y de derecho privado, que implica la presencia irremediable del derecho privado en los contratos del Estado; de esta manera la tesis de la sustantividad viene a consistir, en esencia, en una regla general. Si este sistema estuviera hoy en día vigente, puede pensarse que estaría en situación crítica, frente a la profunda influencia del derecho privado que actualmente rige el contrato estatal; esto daría pie, sin duda, para pensar en un régimen mixto o de unidad del contrato estatal con el privado[71].

La situación de innegable influencia del derecho privado en el contrato del Estado que hemos delineado se desprende, sin duda alguna, de los inmensos procesos de reforma política y económica que se comenzaron a vivir en el país a finales de la década del 80 y que implicaron una revisión total, filosófica e ideológica, en el manejo del Estado, a la vez que invitaron a reconsiderar el régimen contractual del Estado y la consolidación del sistema de la unidad o identidad del contrato administrativo y el privado en el régimen colombiano.

[69] Carlos H. Pareja. *Curso de derecho administrativo. Teórico y práctico*, Bogotá, Edit. A. B. C., 1937, p. 161.

[70] Archivo del Congreso. Senado, Leyes autógrafas, 1913, fls. 213 y ss. Del estudio del proyecto de ley sobre la creación de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia, presentado a consideración del Congreso Nacional en 1911 y que pasó a constituir en la Ley 130 de 1913, se concluye sin mayor dificultad que el tema de los contratos celebrados por el Estado no fue preocupación ni del Gobierno ni mucho menos del legislador. Básicamente en razón de lo que señala Pareja (*Curso de derecho administrativo, cit.*, p. 161), en el sentido de que por aquella época la influencia extraordinaria de los estudios de derecho romano y derecho civil en nuestras facultades hacía que nuestros juristas, estadistas y presidentes se formaran en la creencia errónea de que el Estado, "al disponer por concesión de sus petróleos, de sus minas, de sus tierras, etc., lo hace como persona privada, sujeto únicamente a las reglas del Código Civil, y allí se ha originado la disposición que asigna a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de todos los litigios provenientes de contratos que celebra el Estado".

[71] En cuanto se refiere a la incorporación en el derecho nacional de los contratos de derecho público y de derecho privado de la Administración, esta clasificación fue aceptada en un comienzo por vía doctrinal; posteriormente por la legislación, a partir del artículo 16 del Decreto 222 de 1983, teniendo importancia en especial para la determinación de la jurisdicción competente para el juzgamiento de las controversias surgidas del contrato estatal. Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, artículos 32 y 75, se termina en el derecho colombiano con la diferencia entre contratos de derecho público y de derecho privado, surgiendo la figura del contrato estatal, el cual se sujeta a principios de derecho público y de derecho privado, aunque debe anotarse que el legislador para ciertas entidades ha diseñado un contrato estatal sujeto, por regla general, al derecho privado, y excepcionalmente al derecho administrativo.

Estos cambios básicos comenzaron a ser impulsados a partir de la política neoliberal, que sumida en el principio de la libre competencia económica consideraba que los actores públicos no podían ser un obstáculo para el ejercicio de dicha libertad. Y que el Estado, al igual que los particulares, por regla general debía actuar en el tráfico jurídico ordinario en condiciones de igualdad; por lo tanto, resultaba inevitable abandonar las rígidas estructuras que sobre contratación estatal el Estado intervencionista había montado a partir de los años 60, en pretendida sustantividad del contrato administrativo, y abrirle paso a un sistema mucho más coherente con los fenómenos de la economía y la globalización, frente a los cuales los entes públicos no podían estar ausentes, ni mucho menos excluidos; con todas las consecuencias que este planteamiento implicaba desde el punto de vista jurídico, en la medida que llamaba a modificar las estructuras sustentadas en los principios y dogmas de estricto derecho administrativo.

Precisamente en uno de los sectores jurídicos donde con mayor trascendencia se reflejaba esta transformación conceptual del Estado era en el de la contratación. El neoliberalismo se apoya en el derecho civil para el logro de sus propósitos contractuales, pues se supone que gran parte de las responsabilidades públicas deben ser asumidas por los particulares; por otra parte, el Estado debe dejar de ser un ejecutor directo de sus cometidos, los cuales deberán ser contratados con los particulares, y el sector público asumirá en adelante, en especial, responsabilidades de interventoría y control.

Bajo estos presupuestos, en el país se inició la más amplia discusión sobre los procedimientos y el régimen sustancial del contrato del Estado, debate que no solo ocupo la atención del poder ejecutivo sino también y de manera principal al Congreso de la Republica como directo competente para introducir las normas contractuales generales de la administración pública[72]. Los iniciales proyectos hacían prevalecer el derecho privado sobre el público, y reconocían flexibilidad a las diferentes entidades públicas para establecer sus propios procedimientos de escogencia de contratistas, sin la perentoria obligación de incorporar procedimientos licitatorios. Estas ideas fueron prontamente debilitadas por los defensores de la sustantividad del contrato estatal, para quienes, por elementales razones de seguridad jurídica y de defensa del patrimonio público, el contrato del Estado debería necesariamente estar sujeto a estrictos principios de derecho público, sobre todo en materia de escogencia de contratistas.

El producto de este debate histórico fue la Ley 80 de 1993, que de manera expresa incorporó al contrato del Estado, dentro de un contexto mixto, tanto principios de derecho público como de derecho privado, donde lo público predomina sobre lo privado pese a que importantes com-

[72] Corte Constitucional. Sentencia C-949 del 5 septiembre de 2001. M.P Clara Ines Vargas Hernández. "De conformidad con lo dispuesto en el último inciso del artículo 150 de la Constitución Política, al Congreso de la República compete "expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional", cláusula que puede suscitar algunas inquietudes, particularmente en lo que concierne al sentido de la expresión "estatuto general" que si bien a primera vista parece estar aludiendo a determinada tipología legislativa –las leyes estatutarias o las leyes marco–, realmente no tiene otra connotación que la de reflejar el querer del constituyente de que exista un estatuto que regule toda la actividad contractual del Estado con arreglo a unos principios universales... Por lo anterior cree la Corte que el mandato establecido en el artículo 150 Fundamental, para que el Congreso dicte un estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, implica el reconocimiento de una amplia libertad de configuración del legislador para diseñar un régimen legal cuya finalidad sea la de propender al logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho, toda vez que el cumplimiento de estas metas requiere del aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. En este orden de ideas, es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado".

ponentes del contrato se sujetan ampliamente a las reglas civiles y comerciales[73]. Se instauró así un sistema donde las normas y principios del derecho administrativo constituyen la regla general, y de manera complementaria, en ciertos casos y frente a determinadas circunstancias del contrato, se aplican las normas del derecho privado, sin que el contrato pierda su naturaleza de público.

La aplicación del derecho civil tiene el propósito de garantizar la libre economía y la apertura globalizadora, al igual que la libre empresa. Al respecto el Consejo de Estado ha indicado precisamente que "... lo anterior es perfectamente comprensible, por cuanto las grandes tareas y responsabilidades que el Estado, en materia social y económica, está llamado a cumplir, los desafíos del desarrollo tecnológico y comercial, las políticas económicas de globalización, exigen del Estado una respuesta ágil, oportuna y ética, que no podría producirse convenientemente dentro de los procedimientos del derecho público, por lo cual se ve precisado a acudir a instituciones de derecho privado que le permiten cumplir tales propósitos..."[74].

Este resultado es el producto de la influencia neoliberal sobre el contrato del Estado. En particular, esta mixtura ideológica se deduce de la lectura de los artículos 13, 32, 40, 60 y 68 de la Ley 80 de 1993. Así, el artículo 13 de manera expresa señala que "Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley...". Disposición que al parecer establece una regla general donde el derecho privado predominaría sobre el administrativo en los contratos del Estado; mas esta idea se rompe al estudiar en contexto el fenómeno de la contratación estatal. En efecto, en realidad el derecho nacional de los contratos públicos comparte naturaleza privada y pública, pero con ostensible y evidente predominio de normas y principios de estricto derecho administrativo. En este sentido debe entenderse el contenido del artículo 13 de la Ley 80 de 1993[75].

Esta posición se reitera en el artículo 32, cuando se indica que son contratos estatales, entre otros, los "previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejerci-

[73] Corte Constitucional. Sentencia C-949 del 5 septiembre de 2001. M.P Clara Ines Vargas Hernández. "Con fundamento en la autorización contemplada en el canon 150 Superior para regular los contratos del Estado, el legislador dictó la Ley 80 de 1993, que está apuntalada filosóficamente sobre dos premisas fundamentales: la autonomía de la voluntad y la incorporación de los principios del derecho privado, con las cuales se pretende combatir la ineficiencia administrativa que en este campo de la actividad estatal había originado para esa época el exceso de trámites y la abundancia de procedimientos. Igualmente, el estatuto contractual se fundamenta en los principios de transparencia, economía y responsabilidad (art. 23 de la Ley 80 de 1993), en el postulado de la buena fe establecido en el artículo 83 de la Carta Política, y de conformidad con los principios que rigen la función administrativa consagrados en el artículo 209 Fundamental".

[74] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 20 agosto de 1998, C. P.: Juan de Dios Montes, exp. 1042.

[75] Vidal Perdomo. "La noción de contrato estatal", *cit.*, p. 11. Destaca este autor que el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 lo que hace es una simple remisión al Código Civil y al mercantil, sin desconocer que de todas maneras el legislador mantiene un importante componente de derecho público en el texto mismo de la ley al cual se refiere precisamente el artículo 13 en su inciso 1°. Por otra parte, la interpretación de esta disposición, sostiene Vidal Perdomo, debe hacerse en un sentido útil con el fin de evitar retrocesos históricos en el análisis contractual del Estado. Una indebida lectura de la disposición podría llevar a equívocos: "No todos los contratos que pueda celebrar el Estado se encuentran contemplados en el Código Civil o el Código de Comercio...". Existen contratos, como el de obras públicas, típicamente administrativo, que no puede ser reemplazado, por ejemplo, por el de arrendamiento de obra regulado en el Código Civil, "Lo cual no sería un avance del derecho sino un retroceso...". En nuestra opinión, en casos como éstos prevalecería el principio de especialidad, en la medida en que el contrato de obra pública es de los pocos tipificados en la ley contractual estatal colombiana, y por lo tanto de aplicación preferente y restrictiva, por lo que haría imposible acudir a figura contractual con objeto similar establecida en otros estatutos o códigos.

cio de la autonomía de la voluntad..."; así como en el artículo 40 del mismo ordenamiento, cuando acepta que el contenido de los contratos estatales puede provenir del ejercicio de la autonomía de la voluntad[76] surgida entre Estado y contratista[77].

No obstante lo anterior, el debate sobre esta materia no ha terminado en el derecho nacional. Diferentes disposiciones de naturaleza especial han invertido el principio de la Ley 80 de 1993 y trasladado al derecho privado la regla general en materia de contratación de ciertas entidades que, sin lugar a dudas, no son sólo administrativas, sino que en muchos casos cumplen funciones públicas y prestan servicios públicos. Casos ejemplares y que merecen destacarse los tenemos en el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, contenido en las leyes 142 y 143 de 1994, y en las disposiciones dictadas a propósito de las universidades públicas (Ley 30 de 1992).

La misma situación jurídica se predica del régimen aplicable a los contratos de algunas otras entidades que, sin discusión alguna, son verdaderas entidades públicas (caso concreto de los hospitales y de los contratos que celebren las entidades públicas con organismos sin ánimo de lucro), eventos en los cuales, por expresa disposición de sus correspondientes normatividades, se aplica el derecho privado como el régimen jurídico principal.

La jurisprudencia colombiana ha venido atenuando la intensidad del derecho privado y –con fundamento en el principio del interés general, de indiscutible origen constitucional, y como efecto de la aplicación de las normas protectoras de los intereses de la comunidad– obliga a las entidades públicas que deban regirse por el derecho privado en materia de contratación a que se sujeten a los

[76] Corte Constitucional. Sentencia C-949 del 5 septiembre de 2001. M.P Clara Ines Vargas Hernández. "Particularmente, en cuanto atañe al postulado de la autonomía de la libertad entiende la Corte que su objetivo consiste en otorgarle un amplio margen de libertad a la administración para que, dentro de los límites que impone el interés público, regule sus relaciones contractuales con base en la consensualidad del acuerdo de voluntades, como regla general. La consecuencia obvia de este principio es la abolición de los tipos contractuales, para acoger en su lugar una sola categoría contractual: la del contrato estatal, a la cual son aplicables las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias reguladas particularmente en dicha ley".

[77] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 20 de agosto de 1998, C. P.: Juan de Dios Montes Hernández, exp. 1402 de 1998, en *Banco de datos jurídicos* (salvo indicación en contrario, se hace referencia, siempre, a "Contratación Estatal"). Sobre la problemática del derecho público y privado en la ley de contratación del Estado expuso el Consejo: "Como ya lo ha expresado la Corporación, mediante la Ley 80 de 1993 la actividad contractual del Estado quedó bajo la denominación del contrato estatal, caracterizado por tener un régimen jurídico mixto, integrado por normas de derecho público y de derecho privado. En efecto, el precitado artículo 32 prescribe que los actos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere dicho estatuto se encuentran 'previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad', así como los que, a título enunciativo, allí se establecen. Lo anterior significa que el estatuto contractual reconoce e incorpora regímenes provenientes de otras áreas diferentes del derecho público, como son el derecho civil y comercial o de naturaleza especial, e igualmente lo pactado en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, siempre y cuando no vayan contra la ley o derecho ajeno. Sin menoscabo del interés público y de los fines estatales que todo acto contractual está llamado a cumplir, razón por la cual la entidad contratante está investida de una posición especial y privilegiada en la relación contractual; el contrato estatal es en esencia una institución que se inscribe dentro de los negocios jurídicos bilaterales: éstos se constituyen en fuentes generadoras de derechos y obligaciones, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las partes para obligarse recíprocamente. Por esta razón le son aplicables principios y regulaciones provenientes del derecho privado, siempre y cuando no entren en contradicción con el régimen público. Así, por ejemplo, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece de manera expresa en cuáles contratos se deberán pactar las cláusulas exorbitantes al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, en cuáles contratos se prescindirá de dicha utilización, como sucede con los que se celebren con personas públicas internacionales, en los de empréstito, donación, arrendamiento, etc. Por otra parte, existen contratos estatales que por disposición legal son regulados por el derecho privado sin perder tal condición, por ejemplo el contrato de fiducia pública, al cual, por virtud del numeral 5 artículo 32, del estatuto contractual, 'le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil', en cuanto sean compatibles con dicho estatuto".

principios de la contratación estatal, correspondiéndoles desarrollar procedimientos de orden público y en algunos casos, para ciertos contratos, remitiendo en forma expresa a las disposiciones de la Ley 80 de 1993, sin que por esto se pierda su carácter de contratos sujetos al derecho privado.

A este respecto, vale la pena destacar que, conforme a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, se ha abandonado en el derecho nacional la histórica clasificación proveniente de las teorías francesas sobre la sustantividad del contrato del Estado, que sostenían la existencia de estrictos contratos de derecho administrativo y de contratos de derecho privado de la Administración, clasificación que perduró en el ordenamiento jurídico colombiano y que caracterizó a los anteriores estatutos contractuales, principalmente al Decreto 222 de 1983.

2. El concepto de contrato estatal.

Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 se incorpora al derecho nacional un concepto único de contrato, como es el de contrato estatal, donde no se discute si hay contratos de derecho administrativo o de derecho privado de la Administración sino que, por el contrario, se impone una sola modalidad de contrato, por regla general, que es el llamado "contrato estatal", cuya característica fundamental es la de que en su celebración interviene de manera directa una entidad estatal a través de sus representantes. Se trata de una regla general, porque hay hipótesis permitidas por el legislador, tal y como lo veremos a propósito del principio de la transparencia, donde los contratos en que interviene la entidad del Estado no son contratos estatales propiamente dichos, sino de derecho privado: es el caso concreto de las empresas oficiales de servicios públicos, las empresas sociales del Estado, las universidades públicas, etc. La disposición penal, sin embargo, no hace distinción, y por lo tanto comprendería a todos estos contratos, sean simples contratos estatales o contratos sujetos al derecho privado de una entidad estatal: lo fundamental es que los hubiere celebrado un servidor público de dichas entidades.

De otra parte, resulta así mismo claro que en derecho colombiano se rompió el criterio de la tipificación contractual estatal. Conforme a la estructura conceptual del Decreto 222 de 1983, el legislador se preocupó por entregar un listado taxativo de contratos de derecho administrativo, que podían celebrar las entidades públicas a la par de los llamados contratos de derecho privado de la Administración. Esta estructura restrictiva en materia negocial del Estado desapareció con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, en especial de su artículo 32 que señala como regla general que "Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...".

Con esta fórmula se permite que la Administración acuda a cualquier tipo de contratos señalados en los diversos códigos, en particular civil o comercial, y si es del caso diseñe el tipo contractual que más se adecua a sus necesidades; de esta manera se abren las puertas a los denominados contratos atípicos o innominados, que se caracterizan por no tener unas normas específicas en la ley: de ahí que prácticamente su regulación depende de lo pactado entre la Administración y el contratista[78].

[78] Sobre los contratos atípicos o innominados puede consultarse, entre otros, Pedro Arruda França. *Contratos atípicos*, Río de Janeiro, Edit. Forense, 1985; Gabriel Escobar Sanín. *Negocios civiles y comerciales*, T. II, "Los contratos", Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1994, p. 373.

Esta modalidad de contratos se sustenta ante todo en la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, autorizado en el mismo artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Ahora bien, el ejercicio de la autonomía de la voluntad no implica arbitrariedad, ni la más remota posibilidad de que la Administración desconozca el interés general en la elaboración de un contrato atípico o innominado. En esto la Ley 80 de 1993 es en extremo exigente, conforme a lo dispuesto en el inciso 2° de su artículo 40: cuando la Administración celebre contratos o acuerdos con base exclusiva en el principio de la voluntad deberá tener en cuenta que los mismos realmente se requieran para el cumplimiento de los fines estatales.

Por otra parte, en el mismo artículo 32 en comento el legislador, en virtud de especiales consideraciones de política legislativa y de protección al interés general, se preocupó por definir y darle contenido a unos especiales tipos de contratos, como son los de obra pública, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia pública, los cuales, cuando se deban celebrar, para satisfacer las finalidades de la Administración Pública deben sujetarse a las especiales descripciones del legislador; además, se deben cumplir, en estricto sentido, los requisitos establecidos para su configuración; de no ser así podría configurase otro tipo de contrato, de aquellos que permite la autonomía de la voluntad para la Administración o, en casos como la fiducia o el encargo fiduciario, sencillamente violarse el principio de legalidad por el operador del contrato.

Debemos aclarar que, conforme al parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales pueden celebrarse con formalidades plenas o sin formalidades plenas, dependiendo del valor de los mismos; estos últimos son aquellos respecto de los cuales, puesto que requieren necesariamente del texto escrito para su existencia, el legislador quiere que en su redacción sean en grado sumo sencillos y que contengan tan sólo los elementos indispensables para identificar las partes, el objeto y el valor. Los contratos de esta modalidad vulgarmente se denominan órdenes de servicios, de suministros, etc., de acuerdo con el objeto que se pretende realizar[79].

V. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

El derecho administrativo sancionador colombiano se encuentra ampliamente desarrollado no solo para punir a los servidores públicos, sino también a los particulares cuando infringen el orden jurídico, urbanístico, ambiental, financiero, societario, etc,. Constituye un instrumento invaluable de la actividad administrativa de policía. Comprende el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, y de los particulares con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo.

[79] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P.: Germán Rodríguez Villamizar, exp. 16862,.: "Ahora bien, en relación con la forma y solemnidades propias de los contratos que celebran las entidades públicas, los artículos 39 la Ley 80 de 1993 y 25 del Decreto 679 de 1994 contienen la exigencia de que tales acuerdos deben constar siempre por escrito y, así mismo, prevén que sólo en casos excepcionales se permite que la contratación estatal pueda efectuarse sin el lleno de las formalidades plenas; sin embargo, debe siempre existir orden escrita en la cual conste el objeto del contrato y la contraprestación...".

La titularidad de la potestad sancionadora administrativa del Estado está atada indisolublemente a la titularidad de la acción disciplinaria, pero tales conceptos se entienden a partir de tres ideas centrales: la primera, el concepto mismo de titularidad; la segunda, por el contenido del derecho sancionador y la tercera, relacionada con la naturaleza jurídica de este derecho. El derecho sancionador está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos y a los particulares un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, o en la actividad privada con incidencia en el interés público.

Las actuaciones sancionatorias adelantadas por las autoridades del poder ejecutivo son, actuaciones administrativas con características propias que hacen parte del llamado derecho administrativo disciplinario, que puede resultar semejante al derecho penal, en la medida en que ambos son manifestaciones del ius puniendi del Estado, es un sistema autónomo, con objetivos y características propias. Ello hace parte de las condiciones mínimas inherentes a la actividad oficial, que resultan imprescindibles para la eficiente atención de los asuntos a cargo del Estado, motivo por el cual su mantenimiento, merced a un ordenamiento jurídico especial de reglas y sanciones, no solamente constituye derecho sino que es ante todo deber del Estado. El derecho sancionatorio es, pues, consustancial a la organización política y tiene lugar preferente dentro del conjunto de instituciones jurídicas.

El Estado es titular de la potestad y de la acción disciplinaria toda vez que dentro del modelo contractualista se optó porque el Estado, en el ámbito de disciplinar a los servidores públicos, gozara de la legitimidad de ejercer el ius puniendi, en el entendido que no solo tiene el derecho de determinar las conductas constitutivas de falta y las sanciones que se deben imponer por tales comportamientos (actividad del legislador en atención a lo normado en los numerales 2 y 23 del artículo 150 constitucional), sino que impone tales sanciones a través de los órganos de control interno disciplinario y de la Procuraduría General de la Nación, mediante el procedimiento disciplinario que se señale para el efecto; o respecto de los particulares a través de otros organos especializados como las superintendencias, o los órganos de control urbanístico etc Para el caso de los servidores públicos estos últimos aspectos corresponden al desarrollo constitucional previsto en los artículos 6, 118, 124 y 277 numeral 6 de la Carta Política[80].

Las faltas disciplinarias dentro del derecho disciplinario colombiano, son definidas con anterioridad y por vía general por el legislador y éstas atienden a descripciones abstractas de comportamientos que entorpecen la buena marcha de la función pública en cualquiera de sus formas, lo que hace que las mismas disposiciones normativas estatuyan, previamente, las sanciones aplicables a quienes incurran en aquéllas[81].

[80] El poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación está consagrado en los artículos 118 y 277 numeral 6 de la Carta Política, al consagrar que corresponde al Ministerio Público "la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas" y "Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes; e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley".

[81] "En múltiples decisiones, esta Corporación ha estudiado la naturaleza y finalidad del derecho disciplinario y ha concluido que éste es consustancial a la organización política y absolutamente necesario en el Estado de Derecho (C.P., art. 1°), por cuanto de esa manera se busca garantizar la buena marcha y el buen nombre de la administración pública, así como asegurar a los gobernados que la función pública será ejercida en beneficio de la comunidad y para la protección de los derechos y libertades de los asociados (C.P., arts 2° y 209). Por ello, el derecho disciplinario "está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, ya que los servidores públicos no solo responden por la infracción a la Constitución y a las leyes sino también por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (C.P., art. 6°)"81.

El procedimiento disciplinario, establece las reglas que se deben observar en el curso de la actuación disciplinaria para establecer la verdad de lo ocurrido. Las reglas deben respetar los principios y garantías de carácter sustancial y procesal reconocidas para el derecho administrativo sancionador, concretamente para el derecho disciplinario como una especie del mismo. Se trata de que las reglas permitan establecer si efectivamente se incurrió en una conducta que la ley haya previsto como falta disciplinaria, quien fue el autor y las circunstancias dentro de las cuales se realizo la conducta; pero así mismo, el procedimiento debe asegurar los fines y funciones del Estado en el sentido de no convertirse en obstáculo para la buena marcha de la administración. A través del proceso, como una de las formas tradicionales de desarrollar la función publica de administrar justicia, justicia disciplinaria para el caso, no solo se debe sancionar al servidor publico que infringe las normas de disciplina sino que debe proveer lo indispensable para que la prestación de la función sea continua e ininterrumpida. Esto significa que las formas y las reglas no pueden erigirse en obstáculo para la prevalecida del derecho sustancial, salvo que contengan el mínimo de las garantías reconocidas porque en tal supuesto se deben observar rigurosamente.

VI. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

En el derecho administrativo colombiano se retoma el concepto de discrecionalidad ligado al de legalidad y ausente por lo tanto del de arbitrariedad, en consecuencia objeto de control judicial contencioso administrativo. Contrariamente a la idea inicial con que se planteó la teoría de la discrecionalidad de la administración –libertad absoluta de la administración para disponer–, el concepto contemporáneo, sostiene en sentido lógico que la atribución y el ejercicio de cualquier potestad sólo es posible ante la existencia previa de un precepto legal superior que habilite a la administración. Es decir, sin negar el ejercicio discrecional de algunas atribuciones por parte de la misma, somete irrestrictamente cualquier competencia de esta naturaleza al principio de legalidad. En el derecho colombiano la potestad discrecional no nace ante la ausencia de la ley o de derecho; todo lo contrario, para que la administración detente cualquier potestad, sea o no discrecional, es necesario que exista norma atributiva.

La discrecionalidad, se caracteriza en nuestro derecho precisamente por esa cobertura de actuación o margen de mayor o menor amplitud para la realización de los objetivos trazados por el legislador: en algunos casos podrá consistir en el análisis de la oportunidad para decidir, facultándola para obrar o abstenerse, según las circunstancias; en otros, la norma podrá otorgar opción para escoger alternamente entre varias formas de decisión. Así mismo, la ley podrá fijar los presupuestos de hecho que autoricen para poner en ejercicio la atribución de que se trate, dando al órgano potestad para adoptar la decisión que más convenga. La potestad discrecional, es por lo tanto, de evidente y estricta sujeción al bloque de la legalidad, siendo por lo tanto su naturaleza de esta misma estirpe, en la medida que se presenta tan sólo en aquellas oportunidades en que la ley o los reglamentos permiten cierto grado de amplitud en la apreciación de los hechos que motiven su aplicación por los funcionarios administrativos.

La discrecionalidad administrativa no es sinónima de "arbitrariedad" (en su concepción clásica u originaria de por sí era arbitraria, al permitirse total libertad a la administración y considerarse por eso mismo incontrolable ante los tribunales contencioso administrativos); el funciona-

rio ejecutor de una potestad de esta naturaleza, se encuentra evidentemente sometido a los extremos determinados en el bloque de la legalidad y en la finalidad específica del bien común que debe buscar toda ley y perseguir toda actuación de la administración pública.

Los anteriores conceptos de la discrecionalidad, tienen plena claridad legislativa. El Artículo 36 del Código Contencioso Administrativo (norma de carácter general aplicable a todas las actuaciones administrativas), exige de la administración al expedir un Acto Administrativo la plena identificación de la decisión con la norma que le sirva de sustento, principio que la doctrina conoce como el de la razonabilidad, que implica expresar los motivos que llevan a la administración a proporcionar su decisión, partiendo del contenido de la norma discrecional y llegando a la realidad fáctica. Indica la disposición lo siguiente: "...En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, ésta debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa...".

La administración debe, por lo tanto, necesariamente expresar las razones, que la llevan a adoptar una determinada decisión dentro del amplio esquema de posibilidades que el ordenamiento le otorga. Esta relación necesaria, lógica y congruente entre lo decidido, con lo permitido y la realidad de los hechos, que debe quedar expresada en el respectivo acto administrativo, no solamente constituye a la luz de la doctrina contemporánea, una garantía de seguridad jurídica para el ejercicio de competencias discrecionales, sino que proporciona de igual manera, los elementos necesarios para el ejercicio de los controles naturales sobre dichas decisiones, en la medida en que permite visualizar la equivalencia, adecuación y más lógica y justa tipificación entre los presupuestos del ordenamiento jurídico y la realidad fáctica.

En Sentencia C-71 de 23 de febrero de 1994. sostuvo la Corte Constitucional que "Los servidores públicos cuentan en numerosos casos con un margen de apreciación importante que les confiere movilidad en el juicio para adoptar una decisión determinada. La Corte observa que se trata de una libertad con límites. Ciertamente, la holgura en la apreciación no comporta arbitrariedad ni subjetividad. Incluso en los aspectos estrictamente objetivos el funcionario ni siquiera se puede separar de la realidad. Sólo en los apartes que permitan un juicio de valor o de ponderación o de prioridad, y sólo allí, el agente puede optar por una vía determinada. Pero aún en esta decisión el servidor público se encuentra vinculado por el juicio de razonabilidad. Según dicho juicio, el agente responsable de adoptar la decisión puede separarse de los informes técnicos pero rebatiéndolos expresamente con argumentos técnicos razonables, que denoten inteligencia y prudencia..."

VII. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y OTROS MODOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, EN ESPECIAL LOS ARBITRAJES.

1. El modelo colombiano de lo contencioso administrativo.

A la Jurisdicción de lo contencioso Administrativo además de sus atribuciones ordinarias de control judicial a la administración pública se le confía un permanente control a la Constitución a través de todas las acciones posibles ante ella, lo cual la convierte también en un juez de la carta

fundamental del Estado[82]. Un acercamiento al ordenamiento jurídico colombiano permite visualizar que si bien es cierto que el Constituyente de 1991 creó la llamada Corte Constitucional, no concentró la totalidad del control de constitucionalidad en este organismo, dejando las puertas institucionales abiertas para que esta función primordial del Estado de Derecho fuera igualmente ejercida por otros órganos judiciales y administrativos, en especial a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, quien se ocupa de esta función frente a la actividad y actuaciones de quienes ejercen las funciones públicas administrativas, generando en consecuencia una modalidad de control amplia y democrática, de fácil acceso que se proyecta más allá del simple análisis o constitucionalidad de las leyes, para situarse en el más amplio espectro de la constitucionalidad y legalidad de los actos jurídicos y de todas las actuaciones públicas, en una especie de manto garantizador del Estado de Derecho. De todas maneras, a la Corte Constitucional se le reserva un innegable papel protagónico y determinador en la orientación e interpretación de la Carta, lo que la coloca en posición privilegiada en la construcción de la doctrina constitucional[83].

Desde esta perspectiva, para el cabal conocimiento de la problemática del control de constitucionalidad y legalidad por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se hace indispensable conocer los alcances que sobre esta tiene la jurisprudencia de la Corte Constitucional en los términos expuestos, esto bajo el entendido de que si bien es cierto la jurisdicción contenciosa es autónoma para el ejercicio de sus competencias de todas maneras la carta asigna a la corte un papel estelar en la definición del alcance de las normas constitucionales. Esta tesis sin embargo no ha sido acogidas por el Consejo de Estado para quien en los asuntos de su competencia es plenamente autónomo y la corte salvo reforma constitucional no puede entrometerse ni determinar el alcance de sus decisiones[84].

[82] Sala Plena de lo Contencioso administrativo. Sentencia del 4 de marzo de 2003.Cp Manuel Segundo Urueta Ayola. Exp No: 11001032400019990568302.

[83] Estatuto de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, Artículo 43, "*Estructura de la Jurisdicción Constitucional.* La Corte Constitucional ejerce la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos de los artículos 241 al 244 de la Constitución Política. El Consejo de Estado conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos distados por el gobierno, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. También ejercen jurisdicción constitucional, excepcionalmente, para cada caso concreto, los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales...".

[84] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso administrativo. Sentencia del 4 de marzo de 2003.Cp Manuel Segundo Urueta Ayola. Exp No: 11001032400019990568302 "Establecido así el hecho de que en el ordenamiento jurídico colombiano existe un control difuso de constitucionalidad, cuyos titulares son la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, forzoso es concluir que ambos son órganos límites en el ejercicio de sus propias competencias, a menos que uno de ellos no respete los estrictos y precisos términos que le impone la Constitución en el cumplimiento de su función de control, caso en el cual su decisión se torna ilegítima. De otra parte, el Consejo de Estado, por disposición del constituyente, tiene la calidad de *"tribunal supremo de lo contencioso administrativo"*, según mandato vinculante del numeral 1 del artículo 237 de la Constitución Política. En esa condición de tribunal supremo, no tiene superior que pueda interferir en el ejercicio de sus funciones en la administración de justicia, por la elemental razón de que dejaría de ser supremo, si sus fallos pudieran ser determinados por otra autoridad judicial o política. Solamente en el evento de que se reforme la Constitución en dicha materia, ello sería posible. Existe una única hipótesis en el ordenamiento jurídico colombiano, en donde las decisiones del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia pueden ser revisadas por la Corte Constitucional. Se trata de las sentencias de tutela que, de ser seleccionadas, pueden ser confirmadas o revocadas por dicho organismo. Cuando la Constitución quiere que ello sea así, lo dice expresamente, como sucede con los fallos de tutela. En los demás casos, en el ejercicio de su labor de interpretación de la ley o de la Constitución, cuando se tiene competencia para ello, el único control posible, si el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia violan la Constitución es el juicio de responsabilidad política que debe adelantar el Congreso de la República. Habida cuenta, entonces, de su calidad constitucional de *"tribunal supremo de lo contencioso administrativo"*, sus decisiones no son susceptibles de cuestionamiento posterior por órgano alguno.

Hecha esta aclaración básica y fundamental para entender el sistema colombiano, debemos anotar que en tratándose del control de constitucionalidad y de legalidad por parte de los órganos de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se puede sostener validamente que en Colombia, a diferencia de lo ocurrido en Francia[85], el control a los actos y demás actuaciones de la administración pública, por parte de una Jurisdicción independiente de los organismos judiciales ordinarios, no surgió como consecuencia de la profunda desconfianza del ejecutivo frente a la los jueces ordinarios[86], ni mucho menos de la idea revolucionaria de que "juzgar a la administración implica necesariamente administrar"

El desarrollo de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en nuestro país corresponde a necesidades meramente formales y coyunturales de adecuar el control de los actos y actuaciones de la administración a las "modernas instituciones" que algunos países europeos habían desarrollado para estos propósitos, por lo menos esta es la idea que se desprende de la exposición de motivos de la que pasó a ser la Ley 130 de 1913[87]. La ruptura por lo tanto del tradicional sistema judicialita con que Colombia recibió el Siglo XX en materia de control de la administración pública, de ninguna manera puede motivarse en la ineficacia o ineptitud de la justicia ordinaria para controlar el ejercicio del poder público administrativo, sino por el contrario, a la tendencia muy común en América Latina de copiar instituciones que han florecido en otras latitudes en razón de sus particularidades históricas, que obviamente no son las nuestras[88].

Sería necesario una reforma constitucional para que ello fuera posible y como ésta no ha tenido lugar, cualquier pretensión de interferencia en la autonomía que debe caracterizar el cumplimiento de su función jurisdiccional, es inaceptable y le es inoponible en la toma de sus decisiones. Es principio incontrovertible que en la producción de su jurisprudencia el Consejo de Estado es autónomo".

[85] Eduardo García de Enterria, Revolución Francesa y Administración Contemporánea, Civitas, Madrid, 1998, p. 41 y ss.

[86] Los franceses definitivamente rompieron con los principios teóricos de su revolución, en especial al pensamiento de Montesquieu, y lograron fundar los principios de una supremacía del poder ejecutivo, desde los inicios mismos de la revolución, que se materializaron en la Ley 16 del 24 de agosto de 1790, que estableció la independencia definitiva entre el ejecutivo y el judicial, prohibiendo expresamente a los jueces inmiscuirse en los asuntos del poder ejecutivo e incluso estableciendo penas para quienes lo intentaran, "... las funciones judiciales son distintas y permanecen siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, so pena de prevaricato, perturbar, de modo alguno, las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores en razón de sus funciones...". Principio que posteriormente fue recogido en la Constitución de 1791 y consolidado en la napoleónica del año VIII. Estos hechos son considerados por la doctrina como los determinantes del nacimiento de la concepción continental o de régimen administrativo, que habría de influir profundamente en la justicia administrativa continental.

[87] Sobre las razones para incorporar al derecho colombiano el concepto de dualidad de jurisdicción, creando la Contenciosa Administrativa de manera paralela a la ordinaria, puede consultarse nuestra obra Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, 2003, capítulo tercero. Así mismo la obra de Alcibíades Arguello y Luis Buenahora, Derecho Administrativo, Talleres de Ediciones Colombia, Bogotá, 1927, p. 45 y ss.

[88] Durante casi 100 años, todo el Siglo XIX y los primeros años del Siglo XX, nuestra justicia administrativa fue de competencia de los tribunales ordinarios de la República, en razón de la influencia colonial española quien siempre la asignó a las reales audiencias, de aquí nuestra tesis de que la influencia francesa de la justicia especializada no es más que una extraña imposición, por lo demás tardía, en el derecho colombiano. Negamos, en consecuencia, la posición de quienes sostienen un desarrollo paralelo de la justicia administrativa colombiana y la francesa. El artículo 42 del acto legislativo N° 3 de 1910 estableció la obligación perentoria para el legislador de establecer la jurisdicción contenciosa administrativa: "... la ley establecerá la jurisdicción contencioso administrativa...". Mandato que ejecutó a través de la Ley 130 de 1913, que la instituyó con dos específicos órganos el "tribunal supremo de lo contencioso administrativo" y los "tribunales seccionales de lo contencioso administrativo". De esta forma nacía por primera vez en Colombia, el sistema continental de control jurisdiccional especializado en las contenciones subjetivas y objetivas de la administración pública. Sin embargo, el sistema no quedó perfeccionado sino hasta el año siguiente por tres explícitas razones: la primera, porque la Ley 130 de 1913 determinó en su artículo 112 que tan solo comenzaría a regir a partir del 1° de marzo de 1914; la segunda, porque en

Bajo esta perspectiva, esto es, de implantación y no de desarrollo natural de esta institución en nuestro derecho, la jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo no solo ha logrado consolidar conceptos y principios fundamentales del derecho francés, sino que también ha desarrollado por vía de la adscripción de competencias y del entendimiento doctrinal tanto de las diferentes acciones que ante ella se pueden intentar, al igual que a partir del contenido obvio y natural de las causales de nulidad de los actos administrativos, un particular concepto de legalidad y de necesario sometimiento de la administración pública al ordenamiento jurídico que involucra irremediablemente las normas constitucionales[89], al igual que los principios y valores en que esta se sustenta, a lo anterior debemos agregar, que por los senderos de la excepción estas autoridades también podrían cumplir los supremos cometidos de hacer prevalecer la Constitución Política del Estado en todo momento y lugar.

En este sentido, el tradicional principio de legalidad de estirpe francesa[90] se transforma en Colombia frente a las nuevas necesidades del Estado Constitucional, consolidando en conse-

septiembre de 1914 mediante acto reformatorio de la Constitución Política se restableció el Consejo de Estado, atribuyéndosele en el artículo 6° num. 3, el desempeño de "...las funciones del tribunal supremo de lo contencioso administrativo"; y la tercera, porque en noviembre 5 de 1914 se expide la Ley 60 orgánica del Consejo de Estado, que fijó el período de los consejeros de Estado a partir del 1° de diciembre de ese año, fecha esta a partir de la cual quedaba suprimido el tribunal supremo de lo contencioso administrativo, asumiendo efectivamente sus funciones el Consejo de Estado. No obstante, el establecimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no significó la desposesión funcional total de la jurisdicción ordinaria en asuntos contencioso administrativos; pues litigios subjetivos de naturaleza contractual, responsabilidad extracontractual del Estado, algunos asuntos declarativos y ejecutivos, quedaron bajo el conocimiento de los tribunales ordinarios. De aquí que calificamos este período como mixto; la razón de esta continuidad con dos jurisdicciones prácticamente conociendo de litigios de la administración pública, nos demuestra el arraigo del sistema judicialista colombiano y la imposibilidad de ruptura total frente a la importación francesa.

[89] La idea de incorporar en la cúspide de nuestro principio de legalidad a la Constitución Política no es nueva en el derecho Colombiano, desde los mismos inicios del control Jurisdiccional Contencioso Administrativo, el legislador ordenó sistemáticamente que el control jurisdiccional de los actos administrativos debía inicialmente hacerse a partir de la Carta Fundamental. Por ejemplo, el artículo 110 del Código de Régimen Político y Municipal de la Ley 4 de 1913 dispuso respecto de las ordenanzas departamentales que,"... Es nula toda ordenanza que sea contraria a la Constitución y a las leyes, o cuando viole derechos particulares legalmente adquiridos...". Sin embargo con anterioridad, desde la vigencia de la Ley 153 de 1887, ya se hacia referencia a la jerarquía normativa con cabeza en la Constitución Política, en el artículo 12 de esta codificación se indicaba que: "... Las ordenes y demás actos ejecutivos del Gobierno, expedidos en ejercicio de la facultad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable...".

[90] Ahora bien, el principio de legalidad en la versión revolucionaria de la supremacía de la ley es sustancialmente una consecuencia de la soberanía nacional, en cuanto voluntad general emanada del pueblo o Nación. La ley determina el sendero para el ejercicio de los poderes públicos. Las autoridades se deben, a partir de la revolución, a la ley; y actúan dentro de los marcos y limitaciones que esta determine. Se trata en consecuencia del alumbramiento de un régimen de legalidad, en donde la libertad de los ciudadanos se obtenía a través del ejercicio de la actividad pública, conforme a los postulados generales determinados por la voluntad general y contenidos en la ley. En esto, la influencia de Rousseau resulta significativa. En la práctica es el punto de partida de la institucionalización del poder. Indicaba precisamente este autor que: "...llamo, pues, república a todo Estado regido por leyes, bajo cualquier tipo de administración que pueda hallarse, porque entonces solamente gobierna el interés público...". Esta concepción es recogida en la declaración de 1789 en sus artículos 5°, 6°, 7° y 8°, que encierran en su conjunto la idea esencial de la legalidad del poder: de la legalización del ejercicio del poder. La sujeción permanente y cotidiana del poder a los mandatos de la ley. Su adecuación para evitar cualquier abuso o desbordamiento. Tratándose de las relaciones entre la legalidad y la constitucionalidad, el desarrollo de los postulados sobre la supremacía de la ley, nos ofrece en el caso francés unas peculiaridades que tradicionalmente apartan a los continentales de la concepción norteamericana respecto de la supremacía de la Constitución política. Si bien es cierto que las tres Constituciones se expidieron en el período revolucionario (1791, 1793 y 1795), constan de una parte dogmática donde se hace énfasis en la declaración de derechos de los ciudadanos, y por otra, la parte instrumental sobre la distribución del poder; un problema se notaba latente frente al carácter de voluntad general que le atribuía la ley, y que en los procesos interpretativos llevaron a serias discrepancias sobre la teoría de la supremacía de la Constitución y la negación de su control. Los postulados

cuencia el principio de la prevalencia del derecho sobre la simple legalidad formal, en donde aquel se conforma de elementos no estrictamente normativos.

Así las cosas, el ejercicio de las funciones de control de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa respecto de quienes ejercen funciones administrativas es coherente con esta posición doctrinal e implica siempre referencia directa al texto constitucional, en consecuencia el control de la carta fundamental es permanente por parte de los organismos de esta Jurisdicción, no solo por vía general a través del claro Contencioso Objetivo de algunas de sus acciones, sino también, y en esto el sistema es bondadoso y amplio en la protección al ordenamiento, en todos los conflictos de carácter particular o propios del Contencioso Subjetivo, o incluso en el contencioso mixto[91]. En otras palabras, cada decisión de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa colombiana involucra siempre, quiérase o no, la Constitución Política, sus normas, fuentes, principios y bases sustentadoras.

Esta realidad de nuestro sistema de control Contencioso Administrativo surge de la especial evolución de la institución, por fuera de las presiones doctrinales de origen francés y principalmente de los trabajos que respecto de la supremacía de la Constitución y del valor jurídico de la misma y de sus cimientos doctrinales se han desarrollado en los últimos años sobre la base de consolidar un verdadero Estado de Derecho, en donde los conceptos edificadores de la juridicidad adquieren valor y preponderancia, además de la influencia originariamente norteamericana de supremacía constitucional[92] y del control difuso a la administración pública, que invita a garanti-

de supremacía se desvanecían en Francia ante la contundencia y dinámica del carácter que la legalidad había adquirido, gracias a la teoría roussoniana. Si bien es cierto que la declaración francesa pretendió tener un valor supralegal, esto es, de límite al ejercicio de los poderes, entre ellos el legislativo, al establecer que una de las finalidades de su promulgación era "...que los actos del poder legislativo [...] puedan ser comparados en cada instante con el fin de toda institución política...", por otra parte, y en complemento de lo anterior, la Constitución de 1791 expresamente estableció su supremacía al indicar que, "...el poder legislativo no podrá hacer ninguna ley que produzca agravio o ponga obstáculo al ejercicio de los derechos naturales y civiles consignados en el presente Título I", lo cierto es que el predominio de la voluntad general hizo que se olvidara durante muchos años la supremacía constitucional en Francia. Hasta 1971, y eso en un proceso que se inicia con la Constitución de 1958, se admitió por el Consejo constitucional, el control de constitucionalidad de las leyes. En estos aspectos, la Constitución norteamericana y sus interpretaciones se adelantaron al constitucionalismo francés. Esta postura interpretativa revolucionaria descansa en el concepto de voluntad general, que se constituye con sus manifestaciones (ley) en el centro del sistema mismo. La ley, como tal, no solo articula derechos sino que también se constituye en el instrumento idóneo a través del cual se impone el único poder legítimo de la sociedad política. De esta forma, ante el evidente antagonismo entre Constitución y ley, la voluntad general impone la segunda, convirtiéndose en el punto de referencia efectivo para la determinación del principio de legalidad.

[91] Prosper Weil, Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1994, p. 45 y siguientes. Eduardo García de Enterria, Contencioso administrativo Objetivo y Contencioso administrativo Subjetivo a finales del Siglo XX. Una Visión Histórica y comparativista. R.A.P., No 152, mayo-agosto 2000, p. 93.

[92] El control de constitucionalidad, que emana indiscutiblemente de la ideología constitucional norteamericana, influye en el derecho administrativo moderno de manera decisiva y complementaria del clásico principio francés de la legalidad y del control de la legalidad. El mismo carácter de norma jurídica suprema que se le reconoce a la Constitución, implica que se generen los mecanismos necesarios para la preservación de esa inmensa construcción y que no sea deteriorada con su incumplimiento o desconocimiento por parte de los poderes. En los Estados Unidos, los desarrollos constitucionales tomaron unos rumbos diversos a los del derecho europeo. El Congreso de los Estados Unidos no está concebido con la misma omnipotencia de los Parlamentos. La soberanía parlamentaria impedía pensar que sus decisiones pudieran ser objeto de control alguno. Organizar un control de la constitucionalidad de las leyes hubiera significado en Francia ir contra la revolución y la *volonté générale*. Sin embargo, esta tara no la padecía el Congreso estadounidense. Por esta razón, la Constitución de los Estados Unidos siempre fue considerada como ley superior que sometía sus postulados a la totalidad de sus poderes. La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció desde 1803 esta característica y la existencia de controles para su preservación. En el famoso y renombrado caso de *Marbury vs. Madison*, el juez Marshall sostuvo precisamente que "... la Constitución controla cualquier acto legislativo que se le oponga [...], un acto legislativo

zar en todo Estado Democrático, en un esquema abierto y participativo, el control judicial de la administración con el propósito de evitar la arbitrariedad y el autoritarismo, sin perder en todo caso de vista la necesidad de mantener criterios definidos sobre el alcance de la Carta, a fin de garantizar la seguridad jurídica.

El control de constitucionalidad y de legalidad por parte de la Jurisdicción Especializada de lo Contencioso Administrativo se advierte en el desarrollo de los Contenciosos Objetivos, Subjetivos, Mixtos y por la vía de la excepción de inconstitucionalidad. Es decir, accionado por los sujetos jurídicos interesados o a iniciativa de la misma institución cuando advierta la necesidad de hacer prevalecer la Constitución Política como lo prevé el artículo 4 de la Carta[93].

Al entenderla como evidente emanación soberana del Estado, debemos advertir que la jurisdicción se caracteriza por su independencia y unidad. Independiente por cuanto al tratarse de una función estatal se ejerce con presencia y exclusión de otros órganos, poderes o particulares. En cuanto a su unidad, se advierte que la jurisdicción no puede ser sino una sola, aunque por razones técnicas tendientes a una adecuada prestación existen diversas especialidades, entre las cuales se destaca la contenciosa administrativa, la cual constituye un medio técnico-jurídico para el control de la actividad administrativa por el poder jurisdiccional en procura del restablecimiento y la defensa del orden jurídico y la solución de los conflictos surgidos entre la administración y los administrados o los demás sujetos de derecho relacionados con ella.

contrario a la Constitución no es ley [...], una ley del Congreso que contradiga la Constitución debe considerarse inexistente [...] los tribunales deben tener en cuenta la Constitución; la Constitución es superior a toda ley ordinaria del legislativo [...], la Constitución, y no dicha ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables [...]. Una ley contraria a la Constitución es nula y los tribunales están obligados por dicha Constitución...".

[93] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso administrativo. Sentencia del 4 de marzo de 2003.Cp Manuel Segundo Urueta Ayola. Exp No: 11001032400019990568302 "La Constitución Política de 1991 fortaleció el papel del Consejo de Estado como órgano de control de la actividad estatal no solamente en el campo del tradicional y clásico control de legalidad sino también en materia de control de constitucionlidad, ya que además de las competencias de que gozaba de acuerdo con las normas de la Constitución anterior, las cuales se conservan, hoy cuenta con nuevas competencias de naturaleza constitucional. Una primer elemento que debe tenerse presente es el hecho de que la propia Constitución Política consagra como mecanismo autónomo, diferente de la acción de simple nulidad, la acción de inconstitucionalidad. De acuerdo con el numeral 2 del artículo 237 constitucional, "Son atribuciones del Consejo de Estado: "Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional". De otra parte, el numeral 9 del artículo 37 de la Ley 270 de 1996 le asigna a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo la función de "Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional". En el mismo orden de ideas, el numeral 7 del artículo 33 de la Ley 446 de 1998 modificó y adicionó el artículo 97 del Código Contencioso Administrativo en el sentido de asignarle a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el conocimiento "De las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se promuevan contra los Decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, que no correspondan a la Corte Constitucional, cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa". Se observa, de acuerdo con las normas que vienen de citarse, que en materia de control de constitucionalidad el Consejo de Estado tiene una cláusula general de competencia en relación con los decretos que el gobierno expida en el cumplimiento de los cometidos estatales, mientras que la Corte Constitucional tiene en la misma materia una competencia de excepción. Además de la acción de nulidad por inconstitucionalidad contra los decretos del Gobierno Nacional así como de la acción de simple nulidad, en donde se plantean, por regla general, problemas directos de legalidad, sin que ello excluya confrontaciones directas con la norma constitucional, existen otros casos en los que el juez administrativo interpreta y aplica las normas constitucionales, como sucede en las acciones de pérdida de investidura, de tutela y populares y de grupo. Puede concluirse, entonces, que el derecho colombiano consagra un sistema de control difuso de constitucionalidad, en donde el Consejo de Estado como tribunal supremo de lo contencioso administrativo tiene un papel en el control de constitucionalidad así como unas competencias plenamente autónomas, cuyo ejercicio no es susceptible de control ulterior por órgano estatal alguno".

De acuerdo con este concepto tenemos que la base indiscutible de la razón de ser de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, al igual que la de la existencia de órganos y funcionarios especializados en el juzgamiento de actos, hechos, acciones, omisiones y negocios de la administración, además de las razones historias expuestas, radica en el control de la arbitrariedad que el mismo poder. En otras palabras, la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se sustenta en la necesidad de mantenimiento del orden constitucional, la legalidad, los derechos subjetivos y principalmente los intereses generales de la comunidad.

2. Acciones contenciosas administrativas. Evolución.

Del texto de la Constitución Política se observa el diseño de un interesante sistema en materia de acciones, dirigidas a establecer instrumentos efectivos de controles y garantías en manos de la jurisdicción contenciosa administrativa, lo cual amplía de manera significativa el objeto tradicional de esta jurisdicción especial, en favor de los asociados y sobre todo del interés general y de los derechos colectivos. El nuevo sistema constitucional de las acciones integra los modernos mecanismos procésales de control judicial, con las clásicas acciones individuales o subjetivas y objetivas o de anulación dispuestas igualmente en el articulo 89 de Carta, lo cual permite sostener que nuestro marco de acciones es ante todo integral, complementario, y de naturaleza diversa, dirigido a la efectividad de los derechos fundamentales, los derechos, subjetivos, la legalidad, el interés general y el orden constitucional.

El constituyente en el artículo 89 de la Carta dejó establecida la posibilidad para que el legislador regulara los demás recursos, acciones y procedimientos necesarios con el fin de que se puedan hacer valer los derechos de los asociados no enunciados en las acciones a que se refieren los artículos 86 a 88 de su codificación. En este sentido se le otorgó base constitucional a los mecanismos procesales tradicionales de acceso a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. En otras palabras, la Constitución le entregó al legislador el privilegio de determinar los senderos procesales jurisdiccionales garantísticos de los derechos subjetivos de los asociados en sus relaciones con la administración, al igual que las vías necesarias para el mantenimiento y preservación del ordenamiento jurídico y del principio de legalidad.

Significa lo anterior que las tradicionalmente denominadas acciones contenciosas administrativas, sean estas objetivas (simple nulidad, electoral) o subjetivas (nulidad o restablecimiento del derecho, reparación directa, contractual, de lesividad), tienen sus raíces en el texto constitucional correspondiéndole su desarrollo normativo al legislador, quien se ha apoyado para estos efectos en la doctrinas extranjera, primordialmente en la francesa para establecerlas y darles la identidad que con el transcurso de los años se han adquirido de acuerdo a nuestras realidades políticas y judiciales. Podría decirse que nuestro modelo clásico de acciones contencioso administrativas constituye una versión avanzada de las originales acciones francesas de plena jurisdicción y de anulación, pero con contenidos y variantes significativas que las hacen muy particulares y especificas dentro de nuestro administrativo.

El conjunto de acciones contenciosas administrativas que actualmente se contemplan en el Código Contencioso Administrativo (arts. 84 y ss.), no han sido el producto de la arbitrariedad del legislador, ni mucho menos de una conformación propia y autónoma de la justicia contenciosa administrativa en Colombia. Las raíces de nuestro régimen de control jurisdiccional a la Administración Pública han sufrido diferentes y sustanciales transformaciones históricas pro-

ducto de las influencias, en especial del régimen de control conocido como continental o europeo de evidente inspiración francesa, que indujo a nuestros pensadores jurídicos en los inicios del siglo XX a incorporar para efectos del control a la administración los conceptos y principios propios del régimen de dualidad de jurisdicción, lo que llevó a la institucionalización de la denominada en la doctrina nacional como la Jurisdicción Especializada de lo Contencioso Administrativo o jurisdicción de carácter especial en el conocimientos de los litigios público, paralela a la ordinaria.

No obstante lo anterior debemos insistir en que, si bien es cierto que a partir del presente siglo en Colombia se adoptaron instituciones de control jurisdiccional de influencia francesa, de todas maneras la experiencia española, en especial del derecho indiano, proporcionó instrumentos jurídicos valiosos, suficientes como para admitir en nuestra historia administrativa y judicial, un largo trecho de influencia con este tipo de control a quienes ejercían funciones de gobierno durante la Colonia y posteriormente en la República. En este aspecto vale la pena retomar la discusión histórica planteada por algunos estudiosos de nuestro derecho indiano como Alfonso García Gallo, para quien las más profundas raíces de una cultura de control a la Administración Pública, en el caso de los países latinoamericanos, no provinieron inicialmente de los desarrollos jurídicos franceses, sino de las instituciones jurídicas propias del derecho indiano, ideadas por los juristas españoles para atender las necesidades de los inmensos territorios descubiertos y conquistados por la corona española. Las Audiencias fueron los organismos llamados a ejercer el control necesario sobre la actividad de virreyes y gobernadores cuando desconocían o violentaban los derechos de los súbditos. A través del denominado recurso de agravio se incorporó a los incipientes controles de la época un mecanismo de naturaleza individual o subjetiva, que proporcionaba a los ciudadanos los medios necesarios para acudir ante la audiencia y reclamar sus derechos. Se trata sin lugar a dudas de un antecedente indiscutible, no sólo del control por autoridad depositaria de funciones de justicia a quienes ejercían las de gobierno, sino también de las denominadas posteriormente por los juristas franceses como acciones subjetivas o de plena jurisdicción.

Como lo hemos sostenido, los antecedentes del derecho indiano fueron tan significativos que durante todo el siglo pasado y hasta los inicios del presente los diferentes controles jurisdiccionales a la Administración Pública se hicieron por la justicia ordinaria, dentro de lo que doctrinalmente es conocido como un régimen judicialista. Tan cierta, ostensible y marcada fue la influencia jurídica española que cuando el legislador, en desarrollo de las normas constitucionales de 1886, se vio en la obligación de instituir por primera vez algunos mecanismos de protección al ordenamiento jurídico, la única idea posible que encontró jurídicamente viable fue la de asignar su conocimiento a la justicia ordinaria.

Obsérvese que con la entrada en vigencia de la Ley 88 de 1910, que en su artículo 38 creaba una acción de carácter objetivo para la protección del principio de legalidad frente a actos de las asambleas que pudieren afectar a una persona, se asignaba su conocimiento a los tribunales ordinarios, o a la primera autoridad judicial del distrito donde habitara el ciudadano agraviado. La norma indicaba lo siguiente: "... Todo individuo que se crea agraviado por actos de las asambleas, por considerarlos contrarios a la Constitución o a la ley, que violen derechos civiles, puede pedir su anulación ante el tribunal del respectivo distrito judicial. Al efecto presentará un escrito en el cual enumere las disposiciones que acuse de nulidad. Este escrito se presentará personalmente al secretario del tribunal, si el peticionario reside en el mismo lugar, o a la primera autoridad judicial del distrito de su residencia en caso contrario...".

Ahora bien, lo cierto es que quienes lograron sistematizar la evolución europea de las instituciones de control a la administración fueron los juristas franceses, que se imponen con su dogmática organizadora de los conceptos jurídicos y mecanismos de garantía de los derechos a partir del impulso ideológico brindado por la revolución de su país, que se expandió inevitablemente impregnando la cultura jurídica de Occidente. Como producto de estas circunstancias se desarrollaron, como se estudio ampliamente en el capitulo primero de este tomo, los denominados recursos contenciosos administrativos de anulación y de plena jurisdicción. El primero de ellos conformado en el derecho francés por un gran número de recursos de naturaleza objetiva que pretenden el restablecimiento del orden jurídico y no los derechos de los particulares, entre los cuales se ha destacado por su importancia el denominado recurso por exceso de poder, posible contra toda decisión administrativa con el fin de hacer prevalecer el principio de legalidad.

El recurso de plena jurisdicción, que se venía formando históricamente con anterioridad a la Revolución francesa, se destaca por su naturaleza subjetiva, garantía procesal de derechos individuales, que pretende el restablecimiento de los mismos cuando hubieren sido desconocidos por las autoridades públicas. En el derecho francés se agrupa bajo este concepto una pluralidad de pretensiones que tienen relación con diferentes actividades de la administración. En este sentido se entiende que hacen parte del recurso de plena jurisdicción las pretensiones contractuales de reparación, electorales y tributarias.

En derecho colombiano, la técnica de los recursos contenciosos administrativos es recibida parcialmente, con el título de acciones contenciosas administrativas en la Ley 130 de 1913, bajo la doble modalidad de acción objetiva y de cuasi subjetiva; la primera tendiente al restablecimiento del orden jurídico y denominada acción de nulidad o ciudadana, y la segunda dirigida exclusivamente a obtener la nulidad de los actos violatorios de los derechos civiles, que no tenía una denominación específica en la Ley 130 de 1913, y a la cual la doctrina de la época calificó como de acción privada, que si bien es cierto tenía un actor cualificado, que lo era todo ciudadano agraviado con una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, tan sólo podía obtener del tribunal una declaratoria de nulidad y no un restablecimiento de sus derechos. A través del artículo 4° de la Ley 80 de 1935 esta deficiencia de la acción privada se subsanó al autorizar a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para que, una vez anulados los actos violatorios de los derechos civiles, se repararan los agravios sufridos por las personas como consecuencia del acto declarado nulo. Desde esta perspectiva, se incorporó por primera vez a la legislación colombiana la concepción teórica del recurso de plena jurisdicción.

Esta dualidad de acciones es recogida por la Ley 167 de 1941 en sus artículos 66 a 68, denominándolas acciones de nulidad y de plena jurisdicción, agregando algunas otras de carácter especial como las de revisión de reconocimientos, definición de competencias administrativas, revisión de cartas de naturaleza, revisión de impuestos, revisión de los juicios de cuentas y la acción electoral. Esto es, un amplio esquema desagregado de asuntos, que dentro de la óptica francesa bien pudieron quedar incorporados en las dos acciones históricas. Lo que se advierte en la evolución del régimen jurídico de las acciones contenciosas administrativas colombianas es la tendencia, no a su agrupamiento de acuerdo con las finalidades de cada una de ellas, sino a una proliferación en razón de objetos específicos que llevan, en la práctica, a que predomine un esquema formal sobre la verdadera protección sustancial de los derechos. Con la existencia de cada una de las acciones se procedimentalizan las garantías a los derechos ciudadanos, creándose inconvenientes y talanqueras estrictamente procesales. La tendencia moderna consiste en

reclamar en lo posible la existencia de la acción única contenciosa administrativa, con pluralidad de pretensiones.

Por desgracia el legislador, al momento de revisar el Código Contencioso Administrativo en los años de 1984 y 1998, no acogió esta necesidad de nuestro Estado de derecho, y prefirió continuar con el sistema de la individualización de acciones para conflictos específicos de carácter contencioso administrativo. En este sentido, a partir del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo se señalan un gran número de acciones contentivas de pretensiones especiales, las cuales por sus afinidades se agrupan de la siguiente manera: acciones objetivas dentro de las cuales podemos ubicar la de simple nulidad, nulidad por constitucionalidad y la electoral; acciones subjetivas, que comprenden a las de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa; acción mixta, caso típico de la acción de lesividad y contractual; y, acciones especiales, dentro de las cuales quedarían incluidas las de solución de conflictos de competencias administrativas.

Además de lo anterior, por vía jurisprudencial, la Jurisdicción Contenciosa Administrativa es la competente para adelantar los procesos ejecutivos originados en una relación contractual del Estado. Por otra parte, a esta jurisdicción también se le ha asignado el trámite de algunas actuaciones de naturaleza jurisdiccional tendiente a esclarecer la legalidad y constitucionalidad de algunos actos administrativos de carácter departamental y municipal. A continuación nos ocuparemos de cada una de estas hipótesis.

El control de constitucionalidad y legalidad por parte de la Jurisdicción Especializada de lo Contencioso Administrativo se advierte en el desarrollo de los Contenciosos Objetivos, Subjetivos, Mixtos y por la vía de la excepción de inconstitucionalidad. Es decir, accionado por los sujetos jurídicos interesados o a iniciativa de la misma institución cuando advierta la necesidad de hacer prevalecer la Constitución Política como lo prevé el artículo 4 de la Carta.

2.1. El contencioso objetivo.

El Contencioso Objetivo de constitucionalidad y de legalidad, esto es, el que pretende la preservación general del orden constitucional lesionado o afrentado con la vigencia de un acto administrativo, sin referencia especial a un sujeto determinado, surge por adscripción Constitucional o Legal de la competencia en esta materia a los órganos de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Por adscripción constitucional directa encontramos que según el artículo 237 numeral 2 de la Carta, en concordancia con el estatuto de la administración de justicia artículo 37, numeral 9, al igual que con el Código Contencioso Administrativo, artículo 97, numeral 7, según la redacción de la Ley 446 de 1998, al Consejo de Estado máxima autoridad de esta jurisdicción, se le encarga de las llamadas acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. Así mismo y como un caso de competencia constitucional directa para los tribunales administrativos, según lo dispuesto en el artículo 305, numerales 9 y 10 constitucional, decidir sobre la validez constitucional de las ordenanzas y de los actos de los Concejos Municipales y de los Alcaldes cuando por esta razón sean objetados por los Gobernadores de los Departamentos; o por los Alcaldes Municipales cuando objeten los proyectos de acuerdos aprobados por los Concejos Municipales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 315, numeral 6 constitucional.

Con fundamento en el artículo 89 de la Constitución Política, el legislador ha regulado el contencioso de nulidad de carácter general y objetivo que buscan primordialmente la protección

integral del orden constitucional del Estado y de la legalidad en toda su extensión. El desarrollo de esta figura procesal se encuentra en el Código Contencioso Administrativo, artículo 84, con el nombre de acción de Nulidad.

• *Acción de nulidad por inconstitucionalidad.*

Con fundamento en el numeral 2 del artículo 237 constitucional, en concordancia con el 49 de la ley estatutaria de la administración de justicia, Ley 270 de 1996, se ha individualizado en el derecho colombiano una especial acción de nulidad cuyo objeto consiste única y exclusivamente en discutir ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, concretamente ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la constitucionalidad de todos aquellos decretos dictados por el Gobierno nacional, cuya competencia no le corresponda a la Corte Constitucional. Como lo señala el artículo 97 del Código Contencioso Administrativo, conforme a la redacción del artículo 33, numeral 7 de la Ley 446 de 1998, la técnica de esta modalidad de control constitucional consiste en una confrontación directa del acto con la Constitución Política y no con otras normas del ordenamiento jurídico. Si se involucran cargos de simple ilegalidad, la acción en nuestra opinión sería la de simple nulidad. Es requisito constitucional básico para la procedencia de esta acción que los actos impugnadas no correspondan al ejercicio de la función propiamente administrativa, porque si de esta se trata, la ley en comento es clara en determinar que los correspondientes actos administrativos estarán sujetos a las acciones ordinarias y no a la acción de nulidad por inconstitucionalidad, que es de carácter especial. El problema práctico de esta acción consiste en entender lo que el legislador ha querido significar con la expresión actos provenientes del ejercicio de función no propiamente administrativa. En nuestra opinión, se trataría de actos donde eventualmente se confunde la función legislativa con la administrativa, frente a los cuales tradicionalmente el Consejo de Estado venía asumiendo la competencia para su juzgamiento.

• *La acción de nulidad.*

La acción de nulidad desarrollada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo es una acción de naturaleza objetiva[94], pública, popular, intemporal, general e indesistible, a través de la cual cualquier persona podrá solicitar directamente o por medio de su representante, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que un acto administrativo incurso en algunas de las causales establecidas en la ley pierda su fuerza ejecutoria por declaración judicial de nulidad en beneficio del ordenamiento jurídico y la legalidad. Se califica de objetiva, en la medida en que a través de su ejercicio sólo se puede pretender la preservación del ordenamiento jurídico y el principio de legalidad. Implica, por lo tanto, el desarrollo de una pretensión de carácter general dirigida a restablecer la juridicidad en interés de la comunidad y el Estado de derecho. De aquí que así mismo se predique su carácter de pública y popular, en la medida en que la preservación del ordenamiento jurídico no puede ser exclusivamente del interés de unos pocos o una carga funcional privativa de las autoridades.

[94] En algunas disposiciones especiales relativas a urbanismo, minas, medio ambiente, el legislador ha dispuesto regulaciones especiales sobre esta acción, llegando a darle características de una verdadera acción mixta como es el caso de la ley 99 de 1995 en asuntos ambientales, en donde no solo se obtiene la reparación del ordenamiento jurídico en general con el fallo que se origine en ejercicio de esta acción, sino que también se crean situaciones jurídicas particulares a los titulares de derechos de esta naturaleza.

Respecto del mantenimiento de las instituciones jurídicas, históricamente se ha considerado que es una responsabilidad pública, una legitimidad abierta en cabeza de cualquier persona que advierta las rupturas al sistema jurídico ocasionadas con la entrada en vigencia de un acto administrativo que lo desconozca. Desde esta perspectiva, la acción puede ser intentada por cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, de derecho público, privado o internacional. Lo importante para las instituciones es que los conflictos suscitados entre un acto administrativo y el ordenamiento jurídico sean objeto de conocimiento por la Jurisdicción Especializada de lo Contencioso Administrativo y ésta produzca una decisión declarando lo que corresponda frente al litigio y resolviéndolo de manera tal que produzca su decisión efectos generales, esto es, *erga omnes*.

• *La acción electoral.*

La acción electoral a que hacen referencia el Código Contencioso Administrativo y las Leyes 78 de 1986, 14 de 1988 y 446 de 1998 es una modalidad de la acción de nulidad desarrollada en el artículo 84 del mismo, por lo tanto de naturaleza objetiva, pública, popular, general, indesistible y, a diferencia de la de simple nulidad de carácter temporal, esto es, sujeta a un término de caducidad para su ejercicio, procede contra actos de elección o de nombramiento no sólo con fundamento en razones de inhabilidad o inelegibilidad, sino también previa configuración de alguna de las causales de nulidad de actas de escrutinio de los jurados de votación o de cualquier corporación electoral, según lo preceptuado en el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo. En cuanto acción objetiva y general, la pretensión invocada con su ejercicio busca el restablecimiento del ordenamiento jurídico eleccionario, la pureza del sufragio y el sistema democrático y no propiamente la satisfacción o restablecimiento de un derecho político particular del accionante. Se trata de un mecanismo procesal a través del cual cualquier persona, ante las rupturas producidas en la legalidad de los mecanismos de acceso al desempeño de cargos públicos, acude ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, con el fin de solicitar la nulidad de los actos electorales producidos bajo esas circunstancias. En esta perspectiva, se trata de un claro mecanismo de control constitucional, en la medida en que su objetivo es el de garantizar el respeto al sistema democrático y representativo.

• *El control objetivo de constitucionalidad sobre los actos departamentales y locales.*

La Constitución Política incorpora unos especiales mecanismos de control constitucional dirigido básicamente a garantizar el respeto a la Carta Fundamental del Estado en los más apartados rincones del país, a través de las denominadas acciones de revisión de proyectos de ordenanza y de revisión de actos de los concejos y de los alcaldes municipales y de los proyectos de acuerdo.

El primero de estos mecanismos procesales de protección constitucional se desprende del artículo 305 numeral 9 de la Carta, cuando le asigna al gobernador del departamento la obligación de revisar la constitucionalidad, la legalidad y la conveniencia de los proyectos de ordenanza aprobados por las asambleas departamentales y si encuentra que los mismos desconocen la Constitución Política o la ley o son inconvenientes, los remita a la Honorable Asamblea para que esta efectúe las correcciones y adecuaciones pertinentes. Cuando las objeciones se refieren a cuestiones de constitucionalidad o legalidad y la Asamblea las desestima e insiste en el proyecto de ordenanza, el asunto debe ser remitido al Tribunal Administrativo Departamental para que decida definitivamente sobre su exequibilidad, a través de un procedimiento sumario, tan solo susceptible de recurso extraordinario de revisión.

La acción de revisión de los actos de los concejos municipales y de los alcaldes se encuentra establecida en el artículo 305, numeral 10 de la Constitución Política. A través de este mecanismo se le asigna al gobernador del departamento el deber de revisar los acuerdos de los consejos y los decretos de los alcaldes de su jurisdicción y si encuentra que los mismos son violatorios de la Constitución Política o de la ley, debe enviarlos al Tribunal Administrativo correspondiente para que decida sobre su validez, a través de un trámite sumario donde se produce un fallo que hace tránsito a cosa juzgada respecto de las disposiciones que fueron estudiadas. Contra la sentencia no procede recurso alguno. Si el Tribunal no decreta la inexequibilidad del acto, de todas las maneras quedan las puertas abiertas para que se ejerza la acción de simple nulidad por razones diferentes a las que el Tribunal tuvo en cuenta al revisar el acto.

La acción de revisión de los proyectos de acuerdo tiene fundamento en el artículo 315, numeral 6 de la Constitución Política, cuando señala que le corresponde a los alcaldes sancionar y promulgar los acuerdos municipales y objetar los que considere inconvenientes o contrarios al orden jurídico. De las objeciones deberá darse traslado al Honorable Concejo Municipal para que las resuelva. Si el Concejo no las admite, o rechaza las de constitucionalidad o legalidad, el proyecto deberá ser enviado al Tribunal Administrativo. Si el Tribunal acoge las objeciones, el proyecto debe ser archivado. Si las declara infundadas, el alcalde deberá sancionar el correspondiente proyecto. Si las considera parcialmente fundadas, el proyecto debe ser reconsiderado por el Concejo para que corrija las posibles irregularidades, debiendo enviarlo posteriormente al Tribunal para que este decida definitivamente.

Si las objeciones se presentan respecto del proyecto del presupuesto municipal por razón de inconstitucionalidad o ilegalidad, es obligación del alcalde enviarlo directamente al Tribunal Administrativo dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que lo reciba para sanción. El Tribunal cuenta con 20 días para fallar. Mientras se decide por el Tribunal lo pertinente, rige bajo la directa responsabilidad del alcalde el proyecto de presupuesto presentado por él al Concejo.

2.2. El contencioso subjetivo.

El control de constitucionalidad y legalidad por la vía contenciosa administrativa no se agota en el contencioso objetivo explicado anteriormente. En nuestra opinión, las acciones de contenido estrictamente subjetivo, es decir, aquellas que buscan algún tipo de reparación o restablecimiento por parte de los asociados frente al Estado, no solo tienen su fuente en el artículo 89 de la Constitución Política, sino que también implican el análisis previo de la constitucionalidad de los actos administrativos que le sirven de fundamento a los derechos individuales involucrados, como en el caso de la acción de restablecimiento de derecho, o un análisis de las actuaciones u operaciones de los servidores públicos o de los fenómenos que rodean los hechos en que pueda la administración verse involucrada, no con el propósito de declarar la nulidad de éstas, asunto que resultaría absurdo e ilógico, sino con el propósito ineludible de hacer juicios de adecuación del comportamiento público y de los sucesos que comprometan lo público con las normas y principios constitucionales, tal como se desprende de los artículos 2, 90 y 91 de la Carta fundamental, por lo menos frente a la acción de reparación directa.

• *La Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.*

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho desarrollada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo es una acción de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible, a través de la cual la persona que se cree lesionada en un derecho amparado en una norma

jurídica como efecto de la vigencia de un acto administrativo viciado de nulidad, podrá solicitar por medio de su representante, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que se declare la nulidad del mismo, esto es, pierda su fuerza ejecutoria por declaración judicial en beneficio personal y como consecuencia se le restablezca su derecho o se repare el daño. A través de este mecanismo procesal también se puede solicitar que se modifique una obligación fiscal o de otra clase, o se devuelva lo que se pagó indebidamente.

La acción tiene por objeto la protección directa de los derechos subjetivos de la persona amparados en una norma jurídica y desconocidos por el acto administrativo. Desde esta perspectiva, la técnica de la impugnación por parte de la persona interesada varía radicalmente frente a lo expuesto a propósito de la acción de nulidad. En estos casos, le corresponde a quien se considere vulnerado en sus derechos, no sólo exponer las razones de la incongruencia entre el acto administrativo y el ordenamiento jurídico, sino también la forma como su derecho resulta vulnerado a partir del desconocimiento del principio de legalidad, para que como consecuencia de ese juicio se pueda deducir el tipo de reparación que le corresponda, con cargo a la administración. El *petitum* al juez resulta por lo tanto complejo, no sólo implica un juicio de legalidad, sino también de reparación para restablecer los derechos vulnerados. En la práctica, se combinan pretensiones declarativas y condenatorias. Las primeras respecto del juicio de constitucionalidad y legalidad, las segundas en lo correspondiente al restablecimiento del derecho. La sentencia que resuelva la acción de nulidad y restablecimiento del derecho producirá efectos inter partes, esto es, tan sólo aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido la declaración pretendida. La naturaleza subjetiva de la acción implica la presencia de una persona determinada que se considere lesionada en sus derechos, esto es, exige una legitimación precisa o concreta, de aquí que se indique así mismo que la acción ostenta la característica de individual, en el sentido de que va a producir efectos exclusivamente frente a lo pedido respecto de los derechos vulnerados a un sujeto determinado. A diferencia de la acción de nulidad, la pretensión en este tipo de procesos conlleva consecuencias jurídicas específicas.

• *La acción de reparación directa.*

La acción de reparación directa desarrollada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, conforme a las modificaciones introducidas por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998, es una acción de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible, a través de la cual la persona que se crea lesionada o afectada por un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajo público o por cualquier otra causa, podrá solicitar directamente ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que se repare el daño causado y se le reconozcan las demás indemnizaciones que correspondan, esto es, sin reclamación previa a la administración o mediando petición de nulidad, como en el caso de la acción de restablecimiento del derecho. Se trata de una típica acción tendiente a indemnizar a las personas con ocasión de la responsabilidad extracontractual en que pudo incurrir el Estado, en razón de las actividades anteriormente indicadas, que excluyen de entrada el acto administrativo.

2.3. El contencioso mixto.

Algunas de las acciones contenciosas administrativas no se limitan exclusivamente a juicios de restablecimiento del ordenamiento jurídico o de simple reconocimiento de derechos a personas determinadas. Con su ejercicio, se pueden lograr esos dos objetivos. En estos casos, soste-

nemos que nos encontramos frente a un verdadero contencioso mixto, donde siempre y en todos los casos se hacen juicio de constitucionalidad en el derecho nacional colombiano. Son acciones de esta naturaleza las siguientes:

• *La acción de lesividad.*

Con el nombre de la acción de lesividad se identifica a nivel doctrinal, la posibilidad legal del Estado y de las demás entidades públicas de acudir ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa con el propósito de impugnar sus propias decisiones. En el derecho colombiano, esta modalidad de instrumento impugnatorio tiene sus fundamentos genéricos, no sólo en las disposiciones constitucionales que procuran la prevalencia del ordenamiento constitucional y de la sujeción al principio de legalidad (arts. 2°, 4°, 6°, 121, 122, 123 inc. 2 y 209 entre otros) de la totalidad de actuaciones y decisiones de los servidores públicos, sino también en las normas adjetivas contenidas en el Código Contencioso Administrativo que habilitan a la Nación y demás entidades públicas para que comparezcan en los procesos contenciosos administrativos como demandantes, caso concreto de los artículos 134, 136 numeral 7 y 151 inciso 1° de la mencionada obra.

• *Acción referente a controversias contractuales.*

Esta acción está íntimamente relacionada con el texto constitucional en cuanto que siempre está en juego con su ejercicio el interés general regulado en los artículos 2, 123 inc. 2 y 209 constitucional. El juez del contrato estatal tiene el compromiso ineludible de ajustar los litigios de esta naturaleza a los principios constitucionales del interés general y de la protección al patrimonio público. Una aproximación a la institución nos permite sostener que la acción referente a controversias contractuales o acción contractual desarrollada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo es una acción, por regla general, de naturaleza subjetiva, individual, temporal, desistible y pluripretensional, a través de la cual cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se orden su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan las demás declaraciones y condenaciones que sean pertinentes; así mismo, la nulidad de los actos administrativos contractuales y los restablecimientos a que haya lugar, como también las reparaciones e indemnizaciones relacionadas con los hechos, omisiones u operaciones propias de la ejecución del contrato.

3. El control por la vía de excepción en la jurisdicciónContenciosa administrativa.

El sistema integral de constitucionalidad colombiano se caracteriza por el reconocimiento a diversas autoridades judiciales y administrativas de la República con capacidad suficiente para pronunciarse en torno a la constitucionalidad de un acto jurídico. En derecho colombiano, base sustentadora de esta modalidad de control de la constitucionalidad de los actos y de las leyes, la constituye el artículo 4° de la Carta Fundamental, que no solamente le otorga prevalencia a la Constitución sobre cualquier otra norma, sino que le entrega a la totalidad de las autoridades públicas, entre las cuales obviamente se encuentran las judiciales, una especie de competencia general, que las obliga de manera inevitable a aplicar la Constitución, siempre que exista conflic-

to con cualquiera otra norma de carácter jurídico. Dentro de estas autoridades están sin lugar a discusión las propias de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que pueden por vía de acción o de excepción pronunciarse sobre la constitucionalidad de un acto administrativo o de una actuación de la administración e incluso, inaplicar leyes o actos que consideren violatorios de la Constitución Política del Estado. Para el caso de las leyes la situación es bien clara en la medida en que el juez contencioso puede desconocerlas en beneficio de la constitución en la medida de la inexistencia en el derecho nacional de la llamada cuestión de constitucionalidad. El juez contencioso administrativo no está obligado a enviar a la Corte Constitucional una ley cuando la considere inconstitucional en un caso concreto, sencillamente la inaplica.

La Corte Constitucional insiste en esta perentoria obligación constitucional para la totalidad de servidores públicos colombianos. En forma expresa les recuerda que el texto constitucional ha de hacerse valer y prevalece sobre las normas de rango inferior. La función de la Constitución como determinante del contenido de las leyes o de cualquier otra norma jurídica, impone la consecuencia lógica de que la legislación ordinaria u otra norma jurídica de carácter general no puede modificar los preceptos constitucionales, pues la defensa de la Constitución resulta más importante que aquellas que no tienen la misma categoría. Dentro de la supremacía que tiene y debe tener la Constitución, ésta se impone como el grado más alto dentro de la jerarquía de las normas, de manera que el contenido de las leyes y de las normas jurídicas generales está limitado por el de la Constitución[95].

Lo que resulta más importante para la Corte Constitucional es la responsabilidad que la Constitución ubica en cabeza de cada uno de los servidores estatales para hacer cumplir el mandato de la prevalencia de la Constitución. De manera explícita, a partir del artículo 4° constitucional, los servidores públicos colombianos tienen competencia por vía constitucional para hacer prevalecer la Carta Fundamental.

"... Así pues debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango y si no la hay, la Constitución Política de 1991 ordena de manera categórica que se apliquen las disposiciones constitucionales en aquellos casos en que sea manifiesta y no caprichosa la incompatibilidad entre las mismas por parte de las autoridades con plena competencia para ello..."[96].

De esta obligación no se exoneran las autoridades judiciales, administrativas, ni mucho menos a las pertenecientes a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

"... El artículo 4° superior consagra la denominada excepción de inconstitucionalidad, a través de la cual, en un caso concreto y con efectos inter-partes, un juez o inclusive una autoridad administrativa pueden abstenerse de aplicar una norma en aquellos eventos en que ésta contradiga en forma flagrante el texto de la Carta Política..."[97].

En cuanto a sus efectos, se reconoce en el derecho nacional el carácter vinculatorio tan solo para las partes intervinientes en el litigio específico (*in casu et inter partes*). No se trata de un pronunciamiento general, sino de un análisis de constitucionalidad aplicable exclusivamente a las situaciones jurídicas involucradas. En cuanto a los efectos temporales de los pronunciamientos en los casos del control integral, la situación no resulta muy clara en el derecho colombiano. Si

[95] Corte Constitucional, sentencia C-069 de febrero 23 de 1995. Mp Hernando Herrera Vergara.
[96] Corte Constitucional, Sentencia C-069 de febrero 23 de1995, MP Hernando Herrera Vergara.
[97] Corte Constitucional, Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996. Mp Vladimiro Naranjo Mesa.

bien es cierto que a nivel doctrinal, por la misma naturaleza de inter partes, se le otorgan efectos retroactivos *ex tunc, pro praeterito*, en razón de que se parte del supuesto de un efectivo pronunciamiento de inconstitucionalidad por parte de la autoridad, en el régimen nacional, esta hipótesis no se configura. En los casos de excepción de inconstitucionalidad, la correspondiente autoridad no produce una decisión de inconstitucionalidad, simplemente se limita a inaplicar la norma que ostensiblemente contradiga los preceptos constitucionales. Ésta ha sido una constante jurisprudencial, que tiene como base el hecho de que existen autoridades con competencia para efectuar pronunciamientos de constitucionalidad. La norma inaplicable por ser contraria a la Constitución en forma manifiesta, no queda anulada o declarada inexequible, pues esta función corresponde a los organismos judiciales competentes, en virtud del control constitucional asignado por la Carta Fundamental en defensa de la guarda, de la integridad y de la supremacía de la norma de normas.

4. Control de constitucionalidad por vía cautelar y provisional ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

La justicia constitucional en manos de la jurisdicción contenciosa administrativa puede realizarse también de manera preventiva a través de la institución cautelar de la suspensión provisional. Figura importante y garantizadora del orden jurídico que no existen en los procedimientos ante la Corte Constitucional[98].

La suspensión provisional de los actos administrativos establecida en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollada por los artículos 152 y siguientes del Código Contencioso Administrativo constituye un importante instrumento de naturaleza cautelar, temporal y accesoria, tendiente a evitar que actos manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos mientras se decide de fondo su Constitucionalidad o Legalidad en el proceso donde se hubiere decretado la medida, como producto de una solicitud fundamentada del inpugnante, que en consideración del juzgador, sea procedente en razón de la claridad de la infracción al principio de legalidad. En este sentido, su finalidad no puede ser otra que la de evitar, transitoriamente, la aplicación del acto administrativo, en virtud de un juzgamiento provisional del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de Derecho.

Como técnica de análisis de las posibles manifiestas infracciones al ordenamiento jurídico, el numeral 2) del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo señala la de la *"confrontación directa o mediante documento público aducido con la solicitud"*, metodología que no puede de ninguna manera agotarse en una simple aproximación formal, superficial o insustancial del acto frente a las disposiciones que ha invocado el demandante como infringidas. La responsabilidad del juez administrativo frente a la sociedad y, sobre todo para con la constitucionalidad, hace indispensable que la confrontación directa implique una primera aproximación material o sustancial al contenido y sentido de la norma administrativa juzgada, con el propósito de que de manera integral se efectúe el estudio pertinente en torno a la procedencia de la medida cautelar,

[98] No obstante que en los procedimientos relativos a los juicios de constitucionalidad ante la Corte Constitucional no existe la suspensión provisional de las leyes, tratados u otros actos jurídicos de su competencia, en los procedimientos de tutela y esto por vía jurisprudencial se acepta que el juez competente de esta acción constitucional pueda suspender provisionalmente la fuerza ejecutoria de un acto administrativo. Al respecto puede consultarse la Sentencia SU-039 del 3 de febrero de 1997, MP Antonio Barrera Carbonell.

evitando que simples dudas formales en la estructuración del acto administrativo o sencillamente en su redacción puedan evitar su suspensión, cuando de su contexto material se puede deducir su abierta discrepancia con las normas superiores.

La idea tradicional de nuestra jurisprudencia administrativa de que hay manifiesta violación de una norma superior cuando "se puede percibir su ilegalidad a través de una sencilla comparación", esto es, de un solo golpe de vista o a prima facie, sin reflexiones muy profundas, no significa de ninguna manera que la aproximación al conflicto por el mecanismo de la comparación impida al juzgador ir más allá del sentido gramatical de las palabras utilizadas por la administración, con el fin de desentrañar los reales propósitos de las normas administrativas impugnadas y, de esta manera, adoptar la medida cautelar en defensa de la constitucionalidad y legalidad.

5. Procesos ejecutivos derivados de la acción contractual

En Colombia tradicionalmente los procesos ejecutivos derivados de la acción contractual le habían sido atribuidos a la jurisdicción ordinaria o incluso a la jurisdicción coactiva. No obstante, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, a través de una discutible decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, interpretando el artículo 75 del nuevo estatuto contractual se consideró que todo lo referente a procesos de ejecución derivados de un contrato estatal era competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. La norma, a la luz de una lectura desprevenida, invita a que se le dé otro tipo de interpretación. La disposición concretamente señala lo siguiente: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa...".

6. Las controversias contractuales ante la justicia arbitral.

Las controversias contractuales no constituyen, en cuanto a su conocimiento, un privilegio de la jurisdicción contenciosa administrativa. Precisamente, con el animo de garantizar a los asociados, la resolución pronta de los conflictos derivados de las relaciones negóciales del Estado, y con el propósito de obtener, la seguridad jurídica necesaria para mantener la suficiente fluidez en el trafico jurídico y la confiabilidad indispensable en las instituciones, se ha desarrollado de tiempo atrás en nuestro legislación[99], pero sobre todo acentuado sobre todo

[99] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Febrero 26 de 1998. C.p Daniel Suarez Hernández Exp No 11477. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia. "La antigua institución de la jurisdicción arbitral, que Laubadere define como aquella por la cual, y por ministerio de la ley, las controversias jurídicas son resueltas, no por los órganos jurisdiccionales del Estado, sino por árbitros que, para el caso controvertido son designados por las partes, fue acogida por la legislación colombiana en diferentes momentos de nuestra evolución procesal, concretamente por el Título XLVII del Libro 2° del Código Judicial de 1.931 (Ley 105 de ese año) y por la Ley 2ª de 1.938, y luego, en forma más detallada por los actuales Códigos de Procedimiento Civil (Decreto 1400 y 2019 de 1.970) y de Comercio (Decreto 410 de 1.971). Por referirse esa normatividad no solo a personas privadas sino también, eventualmente, a actos y conflictos en que uno de los intervinientes podía ser una persona pública, la aplicación de las

con la entrada en vigencia de la constitución política de 1991, un complejo sistema de justicia alternativa, que en materia de litigios contractuales, se caracteriza por la incorporación de la cultura de la prioridad en la utilización de mecanismos de solución directa de las diferencias y discrepancias surgidas entre las partes, con ocasión de la actividad contractual y, de la utilización de ser del caso, de alternativas diferentes a las tradicionalmente judiciales, como las de la conciliación, amigable composición, transacción y cualquiera otra de los previstas en la ley, siendo entre estas la mas importante la del arbitramento, a través de la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal[100].

Esta orientación se deduce sin mayores dificultades de la redacción de los artículos 68 y 69 de la ley contractual del Estado, disposiciones incorporadas en los artículos 226 y 227 del decreto 1818 de 1998, al disponer precisamente que las entidades estatales y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, acudiendo a cualquiera de los mecanismos anteriormente señalados, o incorporando en los contratos, estipulaciones que privilegien este tipo de soluciones, frente a los conflictos y discrepancias que surjan de la relación contractual.

Esta decisión del legislador, de retomar los senderos de la solución directa y pacifica de las diferencias contractuales, se acentúa en la redacción del artículo 69 del mencionado estatuto, al indicar, que las autoridades, no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales, ni establecer prohibiciones en torno a la posibilidad de acudir al arbitramento, para resolver los conflictos que se presenten en todo lo relacionado con los contratos del Estado. Esto es, se abren todas las posibilidades para que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, acuerden cuando lo consideren, habilitar árbitros para que diriman las diferencia o litigios emanados de la relación contractual.

disposiciones sobre arbitramento a los conflictos de una y otras fue unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia y se cumplió corrientemente en la práctica. "Mediante una de estas remisiones expresas (fuera de las analógicas y supletorias) en que el derecho administrativo echa mano de la normatividad civil y comercial, la Ley 4ª de 1.964 sobre contratos administrativos, expresamente reguló la materia de la cláusula compromisoria en dichas convenciones, mediante la siguiente norma: "Artículo 13.–Las entidades a que se refiere la presente ley quedan facultadas para someter a arbitramento, en los términos de la ley 2ª. de 1.938, las diferencias que se presenten con los contratistas. "Despejando toda posible duda sobre el uso de la institución arbitral en los contratos administrativos, el derecho administrativo colombiano por la norma transcrita no sólo admite la solución arbitral sino que remite a los términos, vale decir al procedimiento y formas en que debe efectuarse el arbitramento, a la Ley 2ª de 1.938, que no es de la órbita de aquel derecho sino de la órbita del derecho comercial. "Esta remisión subsiste hasta hoy, y continúa subsistente mientras no haya un procedimiento arbitral específico para los conflictos surgidos de los contratos administrativos. El reenvío a la legislación comercial y civil sobre el procedimiento arbitral se mantiene tácitamente en el artículo 66 del Decreto 150 de 1.976 y en el 76 del Decreto 222 de 1.983. Este último, además, prescribe que la designación de los árbitros será "en la forma prevista en el Código de Comercio", y en ambos se ordena que "el fallo será siempre en derecho".

[100] Corte Constitucional. Sentencia C-1436 del 25 de Octubre de 2000. Mp Alfredo Beltran Sierra. "La Constitución de 1991, facultó expresamente a los particulares para administrar justicia en forma transitoria en calidad de árbitros o conciliadores, con la capacidad de dictar fallos en derecho o equidad cuando las partes involucradas en el conflicto así lo dispongan y según las prescripciones señaladas por la ley, como una forma no sólo de descongestionar los despachos judiciales sino de lograr que en forma pacífica las partes pongan fin a sus controversias. En términos generales, el Constituyente dejó en cabeza del legislador, la facultad de desarrollar los institutos de la conciliación y el arbitramento, como mecanismos alternos de solución de conflictos, teniendo como único parámetro, el conservar la orientación, los principios y valores que inspiran la Carta fundamental".

7. Otras técnicas de control a la administración

7.1. Las acciones constitucionales como instrumentos de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa

En Colombia, la protección constitucional a los derechos y libertades públicas fluye, al igual que en otros ordenamientos, como respuesta histórica del Estado de derecho al absolutismo político, estatal y jurídico. Significa la consagración a nivel de norma fundamental de instrumentos procesales suficientemente efectivos para garantizar el respeto, mantenimiento y restablecimiento de los derechos y libertades propios del ser humano, cuando hayan sido violentados o desconocidos de manera individual (subjetiva) o colectiva (en interés plural), por agentes de los poderes públicos o particulares.

El Estado no puede ser otra cosa que la personificación del orden jurídico, no un poder extra jurídico, incontrolable o incontrolado. El Estado no puede ser más que generador de derecho, creador de orden jurídico al cual se encuentra sujeto y por él limitado. Entendido de esta manera, su papel principal frente a las personas asociadas, se circunscribe en primera instancia al reconocimiento de los derechos y libertades que le son inherentes y a ofrecer la protección que se requiera para su preservación y respeto. Esta idea de institucionalización del poder, consecuentemente del control a su ejercicio, ha sido uno de los grandes objetivos de las democracias liberales que encuentran en el reconocimiento de los derechos fundamentales la finalidad de su existencia. Estos principios, inspirados en las más profundas concepciones del Estado de derecho, pretenden impedir la expansión totalitaria, intentando realizar simultáneamente el orden y la libertad.

En este sentido, el control jurisdiccional de la Administración Pública colombiana se caracteriza por su amplitud y complementariedad. Los instrumentos procesales que el sistema constitucional consagra comprenden los mas variados aspectos de la actividad administrativa, lo que hace que el marco de las tradicionales acciones establecidas por el legislador para la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, sean parte importante del engranaje de garantías y no mecanismos exclusivos. El constituyente ha desarrollado precisos, instrumentos procesales, algunos de ellos en cabeza de las autoridades de esta jurisdicción que amplifican el clásico esquema de control sobre la Administración Pública, procurando que a través de su efectividad se logre la protección y aplicación de los derechos de los asociados.

Lo anterior resulta ser así en cuanto que el constituyente de 1991 reconoció que uno de los principales inconvenientes del sistema jurídico emanado de la Carta política de 1886, consistía esencialmente en la carencia de instrumentos lo suficientemente fuertes para garantizar la debida protección de los derechos fundamentales, lo que lo obligo a consagrar precisas disposiciones tendientes a regular de manera concreta la protección constitucional de los residentes en Colombia.

Se trataba de ubicar en las normas rectoras del ordenamiento positivo mecanismos efectivos para hacer real el cumplimiento de los derechos reconocidos en la Carta, garantizando de esta forma la total integridad de las personas en un verdadero Estado de derecho, rompiendo no solo la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes, sino también las formas de "autodefensa" y "auto composición" generadas por el sistema de 1886. En este sentido se articularon acciones para la defensa, protección y aplicación de los derechos fundamentales, que aunadas a las que por mandato legal existen para ciertos asuntos administrativos, constituyen un marco amplio para la defensa de los intereses ciudadanos al igual que una forma de participación directa en el control de la actividad pública.

El ejemplo mas claro, a estas transformaciones lo encontramos en las llamadas acciones constitucionales, establecidas en los artículos 86 a 90 de la Carta, que pretenden, que aquellos aspectos de los derechos de los asociados, que eventualmente quedaban a la deriva jurídica, dentro del clásico sistema contencioso, en cuanto a la insuficiencia de los medios procesales ordinarios instituidos en la ley administrativa para su protección, cuenten con una atención adecuada, oportuna, eficiente y eficaz, que hagan realidad la justicia que la persona requiere, o el interés general demanda, en el momento que se le exija, y de manera sustancial.

En este sentido, los mas variados objetos se advierten dentro de este novedoso sistema de protección constitucional: protección inmediata de los derechos fundamentales, protección de los derechos colectivos, el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica, el cumplimiento de las normas constitucionales y administrativas, indemnizaciones por los daños ocasionados a un numero plural de personas, protección de los derechos individuales, repetición por detrimento patrimonial etc. Obsérvese que en cualquiera de estas hipótesis y dentro de los términos establecidos por el legislador la actividad de la administración es objeto de un especial control jurisdiccional, que consolida el concepto de Estado de Derecho en cuanto proscribe la arbitrariedad y no deja espacios libres a la impunidad personal o institucional en detrimento de los intereses individuales, colectivos y populares, e incluso respecto de los intereses generales. Como se observa el tradicional contencioso, aquel derivado de los desarrollos del derecho francés al que hicimos especial referencia en el tomo primero de este tratado y en el capitulo anterior, resulta ostensiblemente aumentado y reforzado a partir de instrumentos procesales ágiles y adecuados con las nuevas condiciones de nuestra sociedad.

Por lo expuesto y como preludio al examen de las acciones contenciosas clásicas se hace indispensable estudiar las acciones constitucionales básicas de tutela, cumplimiento, populares y de grupo.

• *La acción de tutela*

La acción de tutela constituye el instrumento básico, de origen constitucional, garantizador de los derechos subjetivos fundamentales de los asociados colombianos, por consiguiente de la convivencia humana, sustento indispensable y estructural en toda sociedad que se pretenda desarrollada en el plano político y jurídicamente organizada. En este sentido, es decir, en el de salvaguardar los destinos individuales reconocidos en la Carta Fundamental, la tutela complementa oportunamente en el devenir de nuestra nacionalidad el amplio espectro de instituciones y mecanismos legales existentes en la búsqueda del equilibrio cotidiano de las relaciones del ciudadano, el Estado y el universo de lo civil. Con su establecimiento el constituyente introduce el más amplio sendero de gestión directa de los asociados ante los órganos judiciales del Estado, en búsqueda de perentorias soluciones de los conflictos suscitados respecto de sus derechos fundamentales; litigios que otrora resultaban insolutos, por las tortuosas vías tradicionales impregnadas de excesivo ritualismo e instancias costosas y en muchos casos de imposible acceso. Con la vigencia de la Carta Política de 1991 se ha estructurado en la raíz misma de los derechos ciudadanos una acción de carácter judicial, a través de la cual se puede reclamar del Estado la protección de los derechos constitucionales fundamentales, de manera rápida y eficiente.

• *La acción de cumplimiento*

Conforme a lo dispuesto en el artículo 87 constitucional, la acción de cumplimiento es una acción de origen constitucional de carácter judicial, mediante la cual se pretende hacer efectivo

el cumplimiento de una ley o de un Acto Administrativo. Su invocación busca fundamentalmente obtener de la autoridad judicial una orden suficiente para que quien ejerce funciones públicas y se hubiere situado en posición de renuente (autoridad renuente) cumpla con sus obligaciones y deberes respecto de la ejecución de una ley o un Acto Administrativo[101].

• *Las Acciones Populares*

Conforme a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 88 constitucional, las denominadas acciones populares, constituyen el conjunto de pretensiones, que por vía de acción, cualquier persona en nombre de la comunidad, o institución y funcionario expresamente legitimado por la ley, puede intentar directamente o a través de apoderado ante las autoridades judiciales con el propósito de que se profiera una condena, o si es del caso decisión preventiva, protectora, indemnizatoria especial y restauradora de los derechos e intereses colectivos, violados o amenazados de violación por la acción u omisión de las autoridades o de los particulares[102] y que estén de alguna manera relacionados, entre otras cosas con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros que puedan predicarse de la naturaleza de estos derechos e intereses[103]. Bajo estas circunstancias

[101] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de octubre de 1998 Cp Juan de Dios Montes Hernandez Exp ACU 479 "De conformidad con el art. 87 de la Carta Política, la acción de cumplimiento constituye un importante mecanismo constitucional de protección y aplicación de los derechos, la cual se caracteriza por permitir que judicialmente se exija a las autoridades públicas, la realización o el cumplimiento de un deber omitido que se encuentra claramente previsto en la ley o un acto administrativo. Esta acción ha sido desarrollada por la ley 393 de 1997, de la cual se deducen los requisitos mínimos exigidos para que la acción de cumplimiento prospere: a. Que el deber jurídico que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos. b. Que el mandato sea imperativo, inobjetable y que esté radicado en cabeza de autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, frente a las cuales se reclama su cumplimiento (art. 5o. y 6o.). c. Que se pruebe la renuencia al cumplimiento del deber, ocurrida ya sea por acción u omisión del exigido a cumplir o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (art. 8o.) d. No *procederá la acción cuando exista otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico, salvo el caso que de no proceder se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejercite la acción*".

[102] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de septiembre de 2001. Cp Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp AP-182 "La acción popular puede ser preventiva, reparatoria e indemnizatoria según el caso concreto. La idea de que es únicamente, o al menos principalmente preventiva, es equivocada, pero se explica porque la Corte Constitucional, antes de la expedición de la ley 472, sostuvo repetidamente que la acción popular era preventiva y que, con ella, jamás podría pretenderse la reparación de daños individuales o colectivos. Debe aclararse que, de las providencias referidas se deriva que la Corte expuso ese criterio para diferenciar estas acciones de las de grupo. Además, en ese entonces no había desarrollo legal. Posteriormente, la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de algunos artículos de la mencionada ley. Tímidamente aclaró que la acción popular, además de preventiva, es restitutoria. Dada la claridad de los preceptos contenidos en los artículos 2 y 34, la única interpretación válida de la ley 472, en lo atinente a la naturaleza de la acción popular, será aquella que atienda absolutamente su tenor literal. En consecuencia, cualquier interpretación que condicione los alcances restitutorios de estas acciones, o cualquiera que niegue su naturaleza indemnizatoria pese a que se cumplan los requisitos previstos en la norma para que ella se concrete en un caso determinado, supondrá una separación grosera del querer del legislador en sacrificio del deber constitucional de procurar la eficacia de los derechos".

[103] Corte Constitucional, Sentencia T-714 del 27 de Septiembre de 1999 Mp. Alejandro Martínez Caballero. "Cabe anotar, que la Constitución de 1991 no distingue como lo hace la doctrina, entre intereses colectivos e intereses difusos, para restringir los primeros a un grupo organizado y los segundos a comunidades indeterminadas, pues ambos tipos de intereses se entienden comprendidos en el término "colectivos". Las acciones populares protegen a la comunidad en sus derechos colectivos y por lo mismo, pueden ser promovidas por cualquier persona a nombre de la comunidad cuando ocurra un daño a un derecho o interés común, sin más requisitos que los que establezca el procedimiento regulado por la ley. ...el ejercicio de las acciones populares supone la protección de un derecho colectivo, es decir, de un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares. No obstante, suponen

la acción se torna en consecuencia en especial, indesistible, pública, objetiva, directa[104], autónoma y principal[105], que excluye, salvo las situaciones excepcionales expuestas por la Corte Constitucional, la utilización de otros mecanismos procesales para estos propósitos[106]. Esto es, la acción popular es procedente así existan otros mecanismos procesales para atender el conflicto expuesto por esta vía[107].

la posibilidad de que cualquier persona perteneciente a esa comunidad, pueda acudir ante el juez para defender a la colectividad afectada, con lo cual se obtiene de manera simultánea, la protección de su propio interés. ...otra característica esencial de las acciones populares es su naturaleza preventiva, lo que significa que no es ni puede ser requisito para su ejercicio, el que exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que se busca amparar, sino que basta que exista la amenaza o riesgo de que se produzca, en razón de los fines públicos que las inspiran. ...La carencia de contenido subjetivo de las acciones populares implica que en principio, no se puede perseguir un resarcimiento de tipo pecuniario en favor de quien promueve el reclamo judicial de un interés colectivo. ...debe reiterarse que las acciones populares aunque se encaminen a la protección y amparo judicial de los intereses y derechos colectivos, no pueden ejercerse como ya se indicó, con el objeto de perseguir la reparación subjetiva o plural de los eventuales daños que pueda causar la acción o la omisión de la autoridad pública o del particular sobre ellos. Para estos últimos fines, el constituyente de 1991 creó las acciones de grupo o de clase, a la vez que conservó las acciones ordinarias o especializadas y consagró como complemento residual, la Acción de Tutela. Esas acciones, para su procedencia, exigen siempre que el daño afecte derechos subjetivos de origen constitucional o legal de un número plural de personas que por sus condiciones y por su dimensión deben ser atendidos con prontitud, inmediatez, efectividad y sin mayores requisitos procesales dilatorios".

[104] Ley 472 de 1998. Artículo 10. Agotamiento Opcional de la Vía Gubernativa. Cuando el derecho o interés colectivo se vea amenazado o vulnerado por la actividad de la administración, no será necesario interponer previamente los recursos administrativos como requisito para intentar la acción popular.

[105] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 6 de julio de 2001. Cp Roberto Medina López. Exp AP-072 "Las acciones populares gozan de autonomía procesal dentro el conjunto ordinario y especializado de las competencias judiciales, luego no puede provocar conflicto alguno su ejercicio independiente de la acción ordinaria o especializada, sea de derecho público, sea de derecho privado. Por consiguiente, en tratándose de un derecho colectivo, y lo es todo aquel que se halla en cabeza de un grupo social, que es de muchos pero de nadie en particular, expuesto al agravio o vulnerado por la acción u omisión de la autoridad, o de los particulares en casos excepcionales, el grupo o cualquiera de sus miembros en representación legal de todos, está legitimado para reclamar ante el juez administrativo la protección de los derechos afectados, sin perjuicio de que exista o se acuda a otro medio de defensa judicial. Esta segunda tesis, clara en su sentido y con autorizado origen, es la que acoge esta Sala, posición que le permite manifestar su desacuerdo con la primera instancia y hacer otra clase de consideraciones".

[106] Corte Constitucional, Sentencia T-554 del 18 de julio de 2002 Mp. Alfredo Beltrán Sierra"El artículo 79 de la Constitución Política, consagra el derecho que tienen todas las personas a gozar de un medio ambiente sano. A su vez, el artículo 88 ibídem, dispone que la ley regulará las acciones populares ... Surge entonces, de la Constitución, que el derecho al medio ambiente, no ostenta el carácter de fundamental, sino de alcance colectivo. Así las cosas, la acción de tutela, como lo ha sostenido esta Corporación, no es en principio, el mecanismo idóneo para solicitar y obtener el amparo de los derechos colectivos, como lo es el derecho a un medio ambiente sano. Con todo, la doctrina constitucional, también ha señalado que cuando la vulneración de derechos de alcance colectivo, violan o amenazan derechos de rango fundamental de una persona individualmente considerada, la tutela surge como el medio viable para la protección de esos derechos, siempre y cuando, exista un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos colectivos y los derechos fundamentales cuya protección se solicita. ... considera la sala pertinente recordar, que cuando se trata de asuntos que atañen a varias personas, la acción procedente para reclamar su protección, no es precisamente la acción de tutela, sino las acciones de grupo o clase, en los términos establecidos por el artículo 88 de la Carta, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso administrativo, como lo establece el artículo 15 de la Ley 472 de 1998, que reglamentó esa clase de acciones. Únicamente ... sería procedente la acción de tutela para resolver asuntos colectivos, como sucede con la protección del medio ambiente, cuando sea clara la vulneración de los derechos fundamentales de la comunidad, como la vida y la salud. ....".

[107] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 24 de mayo de 2001. Cp Olga Inés Navarrete Barrero. Exp AP-076 "La Ley 472 de 1998 no contempla como razón para su improcedencia, como sí sucede con el Decreto Ley 2591 de 1991 y la Ley 393 de 1997 frente a la acción de tutela y a la de cumplimiento, que la acción popular resulta improcedente por la existencia de otros medios judiciales de defensa, a través de los cuales también se puedan hacer efectivos los derechos conculcados. El hecho de que la mencionada actividad de la administración también pueda ser objeto de enjuiciamiento a través de otras acciones, no implica que deba acudirse necesariamente al ejercicio de las mismas pues, estando de por medio un interés o derecho colectivo, también es viable el ejercicio de la acción popular".

• *Las Acciones de grupo o de clase*

Conforme a lo dispuesto en los artículos 88 inciso segundo y 89 constitucionales, desarrollados por la ley 472 de 1998, y en contraposición a las acciones populares, las acciones de grupo o clase, constituyen el conjunto de pretensiones que por vía de acción, impetran a través de apoderado y en una solo escrito de demanda ante las autoridades judiciales, un numero plural de personas determinado por la ley en un mínimo de veinte, unidas bajo el común denominador, o condición uniforme, de ser simple y llanamente todas ellas afectadas por daño o daños comunes o colectivos[108]. Acción que se intenta en conjunto con el exclusivo propósito de que se profiera una condena indemnizatoria con ocasión de los daños o perjuicios que fue objeto el colectivo, en los derechos e intereses individuales y subjetivos de sus miembros, a partir de la acción u omisión de autoridades o particulares, independientemente de la posibilidad de reclamar los mismos a través de acciones individuales[109].

• *La acción de perdida de investidura.*

La pérdida de investidura incorporada en el ordenamiento jurídico a partir de la constitución de 1991, es una acción pública constitucional de carácter judicial, intemporal, imprescriptible, directa, disciplinaria, de interés público o general, principal y autónoma a través de la cual cualquier ciudadano, a nombre propio y sin necesidad de apoderado[110], o la mesa directiva de las cámaras, pueden solicitar a las autoridades competentes de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la sanción que lleva su nombre, cuando concurran algunas de las precisas causales señaladas en las normas aplicables al caso, en congresistas, diputados, concejales y miembros de juntas administradoras locales[111]. Tiene como finalidad la protección y prevalencia de principios constitucionales, como los de legalidad, democracia, moralidad, transparencia y represen-

[108] Corte Constitucional. Sentencia C-569 del 8 de junio del 2004. Mp Rodrigo Uprimy Yépes "La primera parte del inciso establece que la acción de grupo es aquella que es interpuesta por un número plural de personas o un conjunto de personas que *"que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales a dichas personas"*. Esta caracterización de la acción de grupo introducida por el Legislador en ese aparte no es objetable constitucionalmente, pues simplemente contiene y desarrolla los elementos estructurales de la acción... En efecto, este aparte del primer inciso de los artículos 3 y 46 de la ley 472 de 1998 define la titularidad de la acción: *"un número plural de personas o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes"*; los elementos normativos para definir dicha titularidad: que tales personas reúnan condiciones uniformes *"respecto de una misma causa que* [les] *originó perjuicios individuales"*; el objeto de la acción: la protección de intereses de grupo con objeto divisible por la vía de la indemnización; la naturaleza de la acción: que tiene como finalidad reparar *"perjuicios individuales"* causados precisamente a *"un número plural de personas o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes"*; y finalmente, la inclusión implícita de los tres elementos que configuran la responsabilidad y que justifican un tratamiento procesal uniforme: el hecho dañino *"una misma causa"*, el perjuicio *"causa que originó perjuicios individuales"* y la relación causal entre ambos".

[109] Corte Constitucional. Sentencia C-215 de 14 de abril de 1999, Mp Martha Victoria Sáchica Méndez.

[110] Ley 144 de 1994 Artículo 4 Parágrafo.

[111] Corte Constitucional. Sentencia C-319 de julio 14 de 1994. Mp Hernando Herrera Vergara. "En efecto, en sentir de esta Corte, por razón de su naturaleza y de los fines que la inspiran, la pérdida de la investidura constituye un verdadero juicio de responsabilidad política que culmina con la imposición de una sanción de carácter jurisdiccional, de tipo disciplinario que castiga la trasgresión al código de conducta intachable que los congresistas deben observar por razón del inapreciable valor social y político de la investidura que ostentan... En este punto la Corte juzga pertinente destacar que, tratándose de un proceso jurisdiccional, de carácter disciplinario, con el que se hace efectiva la exigencia de responsabilidad política a través de la imposición de una sanción, equiparable por sus efectos y gravedad, a la de destitución de los altos funcionarios públicos, el proceso de pérdida de investidura, cuando medie solicitud de la Mesa Directiva de la respectiva Cámara y que afectare a un miembro del Congreso, debe estar rodeado de todas las instituciones que consolidan la garantía constitucional del debido proceso, así como de las que aseguren a quien se acusa de la infracción, amplias y plenas oportunidades de ejercitar su defensa".

tación política, con estricta sujeción al debido proceso[112]. Sus bases derivan de los artículos 110,183 y 291 de la Carta y de las leyes 136 y 144 de 1994, al igual que en la 617 de 1998. Se trata de un mecanismo procesal que se caracteriza por la aplicación directa de los principios básicos de nuestra convivencia como organización política democrática, reconducidos a través de la violación o el desconocimiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades; conflicto de intereses y demás hipótesis establecidas en las normas reguladoras indicadas, por quienes fueren elegidos para una corporación de representación popular como congreso asambleas o concejos.

VIII. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

Congruente con el ejercicio del poder institucionalizado, el Estado de derecho proclama la inevitable necesidad de hacer a los organismos públicos y a las personas a ellos vinculadas responsables de manera general frente al ordenamiento jurídico, y de manera personal cuando hubiesen desbordado los parámetros definidos para el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad lleva las condenas patrimoniales a cargo de unos y otros en caso de generarse daños de carácter antijurídico que hicieren necesario restablecer en sus derechos o indemnizar a los asociados.

Constitucionalmente el principio de la responsabilidad se encuentra determinado a partir del artículo 6.° de la Carta fundamental cuando de manera expresa respecto de las autoridades públicas indica que ellas son responsables por infringir la Constitución y las leyes y "por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones". Este artículo se encuentra en relación directa con el 124 constitucional que le traslada al legislador la obligación de determinar el régimen para la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva. Este régimen se encuentra desarrollado en diferentes disposiciones de carácter normativo: Código Unico Disciplinario ley 734 de 2003, Código Penal, Código Civil, Ley 610 de 1997, Código Contencioso Administrativo, Estatuto Contractual de la Nación –Ley 80 de 1993–, entre otros.

En materia disciplinaria las normas atinentes a la responsabilidad de los servidores públicos se encuentran en la Ley 734 de 2003. Ahora bien, como complemento de este planteamiento de responsabilidad personal el legislador ha desarrollado otro tipo de responsabilidades, como son las establecidas en el Código Penal cuando en el ejercicio de funciones administrativas se tipifiquen algunas de las conductas valoradas como hechos punibles; igualmente la responsabilidad fiscal

[112] Corte Constitucional. Sentencia C-207 de marzo 11 de 2003. Mp Rodrigo Escobar Gil. "Para establecer el nivel en el que deben aplicarse las garantías del debido proceso en el trámite de perdida de investidura, es necesario examinar las características propias de la institución, en particular, la especial gravedad de la sanción que se impone para un conjunto muy variado de infracciones, y la brevedad del término dentro del cual el Consejo debe Estado debe adoptar la decisión. Por otra parte, si bien la alta dignidad que corresponde a quien debe ejercer la función legislativa, y la necesidad de preservar impoluta la imagen de la más alta corporación democrática, explican tanto la gravedad de la sanción como la brevedad del procedimiento, esas mismas condiciones abogan a favor del más estricto cumplimiento de las garantías del debido proceso. Así, debe tenerse en cuenta que nos encontramos ante una situación en la cual, al amparo de la presunción de inocencia, se va a juzgar a una persona cuya alta investidura le ha sido conferida directamente por el pueblo por la vía electoral. La decisión que en este contexto afecte a un congresista, no le concierne exclusivamente a él, sino que tiene una significación determinante, tanto para el órgano del que hace parte, como para el electorado en su conjunto".

de la que habla la Ley 610 de 1997, cuando en el cumplimiento de sus deberes el servidor público por su acción u omisión hubiere causado detrimento patrimonial al Estado. Se complementa esta cadena de responsabilidades con las que civilmente puedan desprenderse para el servidor público con ocasión de los hechos punibles, o de manera conexa con la responsabilidad patrimonial del Estado cuando los daños que judicialmente le sean imputables al mismo hubieren sido el producto de la "conducta dolosa o gravemente culpable de un agente suyo".

El Código Contencioso Administrativo desarrolla en sus artículos 77 y 78 esta modalidad de responsabilidad personal patrimonial de los servidores públicos. Precisamente en esta última disposición se indica que "los perjudicados podrán demandar ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo, según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que correspondiere".

Ahora bien, desde el otro extremo, la responsabilidad en el Estado de derecho comprende igualmente al Estado y sus organismos. En este sentido el artículo 90 constitucional, en su inciso 1.°, establece que "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas". En este sentido se observa que para que exista materialmente el concepto de responsabilidad patrimonial del Estado colombiano se requiere de la presencia articulada de tres claros elementos: la acción u omisión de unas autoridades, un daño o daños de carácter antijurídico, y una inevitable relación de causalidad entre la acción u omisión de las autoridades públicas y los daños antijurídicos que generan obligaciones de carácter patrimonial para el Estado. El elemento conceptual que por mandato constitucional configura la existencia del daño, y como consecuencia el de la indemnización de perjuicios, es a todas luces el denominado *daño antijurídico*. La jurisprudencia colombiana no ha sido unánime en su evaluación; como lo señala en algunas ocasiones ha acudido al concepto de la doctrina extranjera, en especial la española, entendiendo por tal "aquel que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar"

IX. EL SERVICIO PÚBLICO, LOS MERCADOS DE INTERÉS GENERAL (LIBERALIZACIÓN, PRIVATIZACIÓN, REGULACIÓN) Y SU RÉGIMEN DE COMPETENCIA.

Las grandes discusiones políticas, jurídicas y sociales en torno al papel del estado en la economía y el papel de la iniciativa privada conforme a los desarrollos en el viejo continente no se dieron en Colombia de manera simultanea, ni con su misma intensidad a la que se dio en la historia europea. El capitalismo industrial y el libre mercado, no obstante el carácter pasivo del Estado colombiano en materia de intervención social y económica, no lograron penetrar las incipientes estructuras sociales y económicas colombiana del Siglo XIX, con la misma características que se dieron en el viejo continente. La realidad agrícola y minera de nuestras estructuras económicas retardaron los efectos del capitalismo libertino en la sociedad colombiana, a pesar del predominio del modelo liberal de desarrollo que culturalmente se arraigaba bajo la concepción de que el desarrollo económico era en esencia responsabilidad de los particulares. Lo anterior, sin embargo, no fue óbice para que se dieran algunas situaciones de intervención del

Estado en la economía, no dentro de los marcos ideológicos expuestos anteriormente, sino por el contrario, sobre la base de situaciones coyunturales y particulares más de carácter político-paternalista que económicos[113].

Lo anterior explica la inclusión en los textos constitucionales de la República de atribuciones relativas a servicios públicos bajo la responsabilidad de los entes públicos, generando en consecuencia una especie de régimen mixto para su prestación, en cuanto era factible que algunos de ellos fueran asumidos por la iniciativa privada, sin embargo, los de gran envergadura como las obras públicas, de fomento o de comunicación terminaban siendo financiados por el Estado, en razón de sus altos costos y la falta de capitales nacionales suficientes para sufragarlos. El Estado creó así mismo incentivos, estímulos y apoyos a la iniciativa privada mediante subsidios, concesión de monopolios, adjudicación de baldíos, etc., buscando que estos se hicieran cargo de algunos servicios u obras de impacto en la comunidad. En esta misma dirección, el servicio de la educación elemental que en parte lo asumió la iniciativa privada religiosa, pero que por aquella época nunca fue suficiente frente a las necesidades reales de la población[114].

La Constitución Política de 1886 en su versión original no se caracterizó precisamente por su naturaleza interventora y reguladora de la actividad privada, industrial o comercial, ni mucho menos de la economía de mercado. Su contextura ideológica era la del liberalismo clásico del *laissez faire,* aspecto este que comparte con todas las anteriores cartas fundamentales del Estado. Por esta razón, no son muchas las referencias que en ella se hacen a los servicios públicos en el sentido de prestaciones al interés general y comunal[115]. A título de servicios, objeto de fomento y como responsabilidad de las asambleas departamentales, esta Constitución se pronuncia en el artículo 185 sobre la instrucción primaria, la beneficencia, la industria, la apertura de caminos y canales navegables, la construcción de vías férreas, la canalización de ríos, entre otros. Respecto de la educación primaria, la declara obligatoria si es prestada con cargo al presupuesto público, de todas maneras la totalidad de la educación la supedita a la organización y dirección de la iglesia católica.

Dentro de este contexto histórico e ideológico institucional del Estado colombiano, resulta difícil sostener que respecto del tema de los servicios públicos el legislador, la doctrina o la jurisprudencia nacional hubieren abierto el debate sobre el régimen jurídico aplicable a los mis-

[113] Jorge Orlando Melo. La Evolución Económica de Colombia, Publicado en Nueva Historia de Colombia, Tomo II, Planeta Colombiana Editorial S.A., Bogotá, 1989, pg 84. Si bien es cierto que la característica económica dominante de la Colombia del Siglo XIX fue la de una comunidad sumida en el modelo liberal, que dejaba las puertas abiertas a la iniciativa privada, fue común que el Estado interviniera y participara en la actividad económica que había existido durante la época del gobierno español. Así mismo, se justificaba este tipo de actuaciones unilaterales, con el propósito de obtener mayores recaudos para el fortalecimiento de los ejércitos a través de políticas aduaneras y de tarifas en el comercio exterior, al igual que para efectos de la beneficencia pública, que daba dividendos políticos e impedía que se pudiera objetar el papel del Estado en razón de su debilidad. "*...Esto explicaba la resistencia de los primeros gobiernos, pese a las explícitas manifestaciones de fe en lo que podríamos llamar un modelo liberal de desarrollo, a reducir las tarifas aduaneras, los impuestos internos y sobre todo a entregar a los intereses privados monopolios tan productivos y atractivos como los del tabaco y el aguardiente...*".

[114] Jorge Orlando Melo. Op., Cit. Supra., pg 86. La realidad económica de los particulares que se caracterizaba por la carencia de capitales significativos fue unas de las grandes frustraciones a la iniciativa privada en muchos sectores de la vida económica nacional y local.

[115] Debe advertirse que la Constitución de 1886 cuando se refirió a los servicios públicos lo hizo en un sentido diferente al que actualmente le damos al mismo. El constituyente de 1886 se acercó a un concepto de servicio público influido por la obra de J.J.Rousseau, en donde se relacionaba con todos los asuntos del común en contraposición a los asuntos de interés privado.

mos. El carácter de Estado pasivo e individualista, en que se sumió la organización política nacional hasta bien entrado el Siglo XX, con dependencia endémica de una concepción liberal de la economía y del manejo de lo público-social hacia imposible un debate de esta naturaleza, quedando planteada en consecuencia una especie de regla general, según la cual si los particulares asumían la prestación de un servicio público, lo hacían bajo las reglas, principios y normas propias del derecho al cual naturalmente se sujetaban como lo era el privado

Lo anterior, sin embargo, no constituyó limitación alguna para que la realidad fáctica de la ausencia de servicios públicos generara la reacción de las autoridades administrativas, en especial las locales[116], obligándolas a la adopción de respuestas a esta problemática a partir del esfuerzo propio y con cargo a sus limitados presupuestos públicos, dando lugar así al surgimiento de las primeras manifestaciones de una vinculación entre función administrativa y servicio público, que el sistema se negaba a aceptar como una realidad económica y política. Por otra parte, en el ámbito nacional, se produjeron algunos pronunciamientos legislativos hacia finales de la década de los años veinte, que buscaba intervenir en aspectos fundamentales de los servicios públicos; disposiciones de carácter imperativo de estricto derecho administrativo, diseñadas en época de conflicto aunque sin una base constitucional de intervención definida y cierta, en cuanto el sistema no ofrecía alternativas o instrumentos de acción efectiva, los cuales se vinieron a dar con la primera gran reforma a la Constitución en el año de 1936[117].

La ausencia de una definición jurídica sobre los servicios públicos básicos para la población y de políticas administrativas frente a su prestación, producto del desinterés ideológico del pensamiento liberal del *laissez faire,* colocaron en situación precaria y prácticamente de inexistencia su prestación a la creciente población urbana del país[118]. Los particulares que asumieron algunas de estas responsabilidades sociales, principalmente bajo la modalidad de concesión, lo hicieron de manera rudimentaria y dirigidos a sectores de la población que podían generarles lucro con su prestación, lo cual propició el fenómeno de la "prestación clasista o de elite", en servicios que por su naturaleza debían llegar sin distinción a todos los sectores de la población, como en la mejor época del Imperio Romano.

La vigencia de este orden constitucional hacía que la prestación de los servicios públicos quedara prácticamente bajo el control y dirección de los particulares, muchas veces asociados al capital extranjero. En cuanto al vínculo jurídico de la concesión, con el que generalmente se vinculaba el operador al servicio, no le otorgaba a las autoridades la exorbitancia y los demás instrumentos de derecho administrativo indispensables para imponer y hacer respetar el interés

[116] Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales "Gerardo Molina", Universidad Nacional de Colombia, Servicios Públicos Domiciliarios Publicado por el Ministerio de Justicia y el Derecho, Bogotá D.C., 1997, pgs 27. Se destaca en esta investigación como ante la insatisfacción general de tarifas, cobertura, eficiencia en la prestación, algunas entidades locales asumieron con la colaboración de los departamentos, la prestación de ciertos servicios básicos para la población, en algunos casos directamente y, en otros, a través de figuras mixtas.

[117] Ley 113 de 1928 sobre utilidad pública en materias de aguas y regulación de tarifas.

[118] Jorge Orlando Melo. *Op. Cit. Supra.* pg 70. La ausencia de unos servicios públicos debidamente organizados y eficientes llevó a la proliferación de epidemias y enfermedades durante el Siglo XIX. La característica de nuestras ciudades era por aquella época la de centros urbanos acumulados de desechos, basuras y sin tratamiento alguno de aguas y alcantarillados. Sólo a finales del Siglo comenzaron los centros urbanos más importantes a introducir servicios públicos con ostensible abandono de los sectores rurales. Sostiene este investigador retomando a Hettner "Viaje por los Andes", pg 66, que en ciudades como Bogotá, Capital de la República, por 1880 "... *las cloacas eran todavia canales abiertos que corrian por la mitad de la calle. El agua se obtenia en fuentes públicas...*". ¿ Qué pensar entonces de otros menos importantes?

general sobre los intereses de los contratistas. El sistema definitivamente se caracterizaba por la ausencia de intervención, regulación, control o inspección de carácter significativo por parte de las autoridades administrativas nacionales o locales. El régimen de tarifa, ampliación de redes y coberturas quedaban en muchos casos a la iniciativa de los prestadores particulares, sin ninguna injerencia estatal y sí dependiendo de sus intereses y deseos de lucros significativos con su actividad privada[119].

Las grandes transformaciones ideológicas durante la vigencia de la Constitución de 1886 se produjeron partir de la Reforma Constitucional de 1936, que le abrió las puertas al Estado intervensionista y activo frente a la problemática social y económica, lo cual generó efectos inmediatos en la política y manejo de los servicios públicos, sobre todo si se tiene en cuenta que esta reforma tuvo como gran ideólogo al maestro Darío Echandia[120], por entonces Ministro de Gobierno del Presidente Alfonso López Pumarejo y seguidor dilecto del pensamiento del decano de Burdeos León Duguit. Precisamente la exposición de motivos presentada por el gobierno para sustentar el abandono del Estado individualista[121], vigilante e indiferente, por la de un Estado actuante y decisorio en materias económicas y sociales se funda sustancialmente en los trabajos de Duguit y su particular concepto del interés general como dominante de toda actuación pública y administrativa, en especial como determinante de los servicios públicos en la base de toda decisión estatal[122].

El proyecto de reforma se consolida con la expedición del Acto Legislativo No 1 del 6 de agosto de 1936, que dio un giro sustancial al carácter individualista del Estado, consolidando el interés general como determinante de la actuación y decisiones públicas: Art.10. Se autoriza la intervención del Estado en la explotación industrial o en las empresas públicas o privadas con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, con el propósito de dar a los trabajadores una justa protección –Art. 11–. Se garantizó la libertad de educación trasladándole al Estado, funciones administrativas de inspección y vigilancia con el fin de que cumpliera con sus propósitos –Art. 14–. Se estableció como obligación del Estado el de asistencia a los menos favorecidos –Art. 16–. Como puede observarse, las bases para un régimen coherente en servicios públicos para la población bajo la óptica de constituir los mismos fenómenos propios del poder administrativo de Estado, quedaron determinados con la reforma a la decadente Constitución de 1886, obviamente sin que esto impidiese que la ley determinara los criterios, oportunidades e incluso régimen con que los particulares podían colaborar en el desarrollo de esta función que por regla general se radicaba en el poder público.

[119] Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales "Gerardo Molina", *Op. Cit.*,, Pgs 25 a 27.

[120] Véase la exposición de motivos al proyecto de reforma constitucional puesto a consideración del Congreso Nacional por el Ministro de Gobierno Darío Echandia, en septiembre de 1934. Anales de la Cámara de Representantes, No55, sep 25 de 1934.

[121] Jaime Vidal Perdomo. La Reforma Constitucional de 1936, un Programa Liberal, Prólogo al libro" La Reforma Constitucional de 1936" de Álvaro Tirado Mejia y Magdala Velásquez, Editorial Oveja Negra, Bogotá D.E., 1982, pgs 8 a 11. *"... Echandia, conocedor de las tesis de León Duguit y de las nuevas instituciones, lo advierte explicando que el proyecto sustituye la concepción excesivamente individualista de los derechos privados que distingue a la Constitución de 1886 por otra que considera que el derecho individual debe ejercitarse como una función social y debe tener como limite la conveniencia pública...".*

[122] Alvaro Tirado Mejia y Magdala Velásquez. La Reforma Constitucional de 1936, Editorial Oveja Negra, Bogotá D.E., 1982, pg 313 a 314. Puede consultarse las interesantes discusiones que se dieron en el Congreso de la República durante el trámite de la reforma en torno al pensamiento de León Duguit, debate de la Sesión Plenaria del 9 de enero de 1936.

Con fundamento en la nueva concepción intervencionista del Estado colombiano, se expidieron inicialmente y ante la crisis de los servicios públicos las Leyes 65[123] y 109 de 1936[124], que en su conjunto constituyeron el inicio en Colombia de la concepción administrativa de los servicios públicos, en cuanto determinó las responsabilidades nacionales y locales en la materia y en consecuencia la conformación de todo un acervo de disposiciones legales fundamentadoras del ejercicio de los servicios públicos, al igual que un conjunto de disposiciones reglamentarias complementarias de estas funciones. A estas primeras decisiones sistematizadoras del derecho administrativo de los servicios públicos siguieron otras que fortalecieron esta línea de acción institucional y que se concretaron en el diseño de todo un sector descentralizado nacional[125] y local por servicio[126], que asumieron el manejo de los servicios públicos en todo el territorio nacional y en los principales conglomerados urbanos.

Esta tendencia a fortalecer el papel del Estado en la prestación de los servicios se intensificó con los Actos Legislativos 1 del 16 de febrero de 1945 y 1 del 11 de diciembre de 1968, en especial en esta última reforma constitucional en la que se le puso orden a la reglamentación de todo el sector descentralizado por servicios, esto es, al principal instrumento orgánico del Estado para hacer frente a las necesidades públicas en la materia. Precisamente con estas nuevas bases constitucionales, se rediseñaron los sectores descentralizados nacionales, departamentales y municipales. Se expidió la reforma administrativa de 1968 –Decretos 1050 y 3130–, que definió el marco conceptual y el papel en la prestación de servicios de los establecimientos públicos, empresas industriales y sociedades de economía mixta, reforma que permaneció hasta la entrada en vigencia de la Ley 489 de 1998, no obstante la vigencia de la Constitución Política de 1991. El gran aporte de las transformaciones constitucionales y administrativas de 1968 radican precisamente en que lograron consolidar el aparato administrativo de los servicios públicos en el territorio nacional, en otras palabras, el concepto de servicios públicos como una función administrativa[127].

La Corte Constitucional, a propósito de la concepción sobre los servicios públicos establecida en la Carta de 1991 y estudiando los fundamentos superiores de los mismos, ha proporcionado elementos suficientes para destacar el carácter finalístico de los mismos dentro de la estructura jurídica colombiana, por lo tanto, su razón de ser, dirigida fundamentalmente a brindar soluciones finales a las necesidades de los habitantes de la República. En este sentido, se definieron las que en nuestra opinión constituyen las más claras bases del sistema de los servicios públicos en el Derecho Colombiano, resaltando a la persona como el destinatario natural y último de los servicios públicos, asumiendo una posición social, aunque sin comprometerse la Corporación con una tesis sobre la naturaleza privada o pública de su prestación, lo que nos permite sostener que la esencia de los mismos no ha sido modificada y continuamos sumidos en un régimen

[123] Le asignó atribuciones al Estado y a los municipios en asuntos relativos al agua potable. Creó un fondo de participación departamental y municipal, con el fin de garantizar la financiación pública de infraestructura relativa al agua potable: consagró al Ministerio de Obras Públicas como el órgano de inspección y vigilancia del sector.

[124] Sobre suministro de energía eléctrica.

[125] Surgen entidades nacionales de carácter descentralizado como INSFOPAL, INAGUAS, ICT, entre otros.

[126] Se crean en la gran mayoría de los municipios del país, las famosas empresas de servicios públicos o empresas de servicios varios, en donde se concentraban la totalidad de funciones y sectores relativos a los servicios públicos fundamentales y principalmente a los que hoy denominamos domiciliarios.

[127] Jaime Vidal Perdomo. Historia de la Reforma Constitucional de 1968 y sus Alcances Jurídicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.E., 1970, pg 218 y 219.

profundamente comprometido con los intereses de la comunidad, independientemente del régimen jurídico aplicable.

"*...La noción de servicio público expresa una transformación política que se traduce en la subordinación de los gobernantes a los gobernados. La relación individuo–Estado no es, por tanto, la de vasallo o súbdito y monarca, sino la de ciudadano – servidores públicos. El contenido filosófico-político de la noción de servicios públicos trasciende las diversas posiciones ideológicas abstencionistas, intervencionistas o neoliberales. Dicho contenido refleja una conquista democrática que se traduce en una teoría del Estado, cuyo cometido esencial es el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas de toda la población y el aseguramiento de un mínimo material para la existencia digna de la persona. Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales. El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros...*"[128].

Los anteriores planteamientos doctrinales se inspiran en las bases sustentadoras del Estado Social y Democrático de Derecho, definidos por el constituyente de 1991. Para la Corte, nuestro sistema de principios y valores, esto es, la más amplia y consistente base sobre la cual se soporta la Carta Política de los Colombianos reconoce al individuo como el centro de toda la actuación del Estado y de los particulares. Prácticamente el hombre pasa a configurar un fin en sí mismo para quien asuma las responsabilidades en servicios públicos, con el propósito de defender su dignidad humana y su derecho a la realización personal dentro de una sociedad igualitaria[129].

En fallo posterior precisó la Corporación, al hacer referencia al elemento finalístico de los servicios públicos y su proyección sobre la comunidad, recogiendo de esta manera la preceptiva constitucional anteriormente analizada que los servicios públicos son un fenómeno inherente indiscutiblemente a la finalidad social del Estado, y si bien su prestación no constituye un deber ineludible y exclusivo de éste, es su responsabilidad asegurar su funcionamiento continuo, permanente y eficiente, es decir, por más que se quiera en derecho colombiano, el Estado siempre tendrá responsabilidades relacionadas con los mismos así no sea su operador o prestador directo[130].

Estos planteamientos resultan a todas luces coherentes con los postulados del artículo 365 constitucional, en cuanto que de esta disposición se deduce sin mayores esfuerzos que los servicios públicos en general son actividades inconfundibles e inherentes a la finalidad del Estado Social de Derecho Colombiano, que buscan servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, de aquí entonces la persistencia doctrinal de entenderlos como indisolublemente ligados al concepto de interés general, base ideológica esta de la cual nuestros constituyentes no se desprendieron al redactar la Carta Fundamental del Estado en 1991. En Colombia, independientemente de las discusiones sobre el papel de la iniciativa privada en la gestión y prestación de los servicios públicos, resulta de la mayor claridad que el Estado conserva poderes de

[128] Corte Constitucional, Sentencia T – 540 de 1992, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.
[129] Corte Constitucional, Sentencia *Ibidem*.
[130] Corte Constitucional, Sentencia C-263 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonel.

dirección, control, regulación e inspección de trascendencia en defensa de los intereses de la comunidad[131].

Esta nueva lectura del texto constitucional en materia de servicios públicos proclama a todas voces la necesidad de hacer una interpretación sistemática y de contexto de la Constitución, con el fin de no caer en despropósitos respecto de la intención del constituyente en cuanto a los servicios públicos, para lo cual propone como punto de partida vincular el concepto y la normatividad suprema en la materia a las disposiciones rectoras del régimen económico constitucional, llegando a sostener la imposibilidad absoluta de entender cualesquier aspecto de los servicios sino están determinados dentro de la perspectiva del régimen económico constitucional.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, sostiene los propugnadores de esta concepción dominante en el derecho nacional, se definieron para los servicios públicos unas especiales y particulares bases normativas tendientes a la estructuración de su régimen jurídico, según las cuales, su prestación estaría sujeta a los principios de la libertad, mercado y competencia, con estricta sujeción al derecho privado en cuanto régimen jurídico de la actividad privada y base consolidadora de la autonomía de la voluntad. Básicamente se trata de recoger para los servicios públicos los postulados y principios de los artículos 333, 334 y 336 constitucionales en cuanto a la libertad de empresa e iniciativa económica, con limitaciones en ellos admitidas en razón del bien común y el interés general, en donde la intervención estatal se predica exclusivamente para su regulación, control y vigilancia, eficiencia y prestación continua, se proscribe en consecuencia cualquier atentado contra la economía de mercado como los propios de la competencia desleal y del abuso de la posición dominante, todo lo anterior con el fin de garantizar a los usuarios el mejoramiento de su cualidad de vida y el bienestar que demanda el Estado Social de Derecho.

Se incorporó en Colombia, de esta manera, doctrinaria y filosóficamente el concepto de servicios públicos a los principios liberales de libertad económica con las cargas institucionales del Estado Social de Derecho, dentro de la línea de que la iniciativa privada también puede brindarle a la comunidad solución a sus problemas y necesidades y que el Estado debe relegarse a un papel de fortalecedor del mercado y estimulador de la actividad privada para el desarrollo de los servicios públicos. La nueva teoría de los servicios públicos aplicada a la realidad nacional conjuga las disposiciones especiales establecidas por el constituyente en los artículos 365 a 370 de la Carta con los artículos correspondientes al régimen económico adoptado para el Estado en la Constitución. Situación ésta que se refleja en los estatutos jurídicos rectores de los servicios públicos domiciliarios, principalmente en la Leyes 142 y 143 de 1994 y en algunos otros especiales[132].

[131] Corte Constitucional, Sentencia C-066 de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz. Doctrina reiterada entre otras en las Sentencias C-242 de 1997, MP Hernando Herrera Vergara, C-493 de 1997, Fabio Morón Diaz, C-444 de 1998, MP Hernando Herrera Vergara.

[132] Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia de Junio 9 de 1998, M.P. Pedro Lafont Pianetta. Rad.: 5036. "... Con el triunfo de la Revolución Francesa, advino el régimen capitalista en la producción y distribución de bienes y servicios, al cual le son consustanciales los principios de la iniciativa privada y la libre competencia mercantil, conocidas entonces como las libertades de industria y de comercio, las que fueron consagradas como garantías individuales en las Constituciones Políticas promulgadas en el Siglo XIX y desarrolladas luego legislativamente en los Códigos Civiles y Comerciales que siguieron como modelo la legislación francesa... Dado que el ejercicio de tales libertades sin sujeción a reglamentación alguna, podía conducir al abuso de las mismas en detrimento de los demás comerciantes y de la sociedad en general, el legislador se vio precisado a establecer limitaciones a la libertad de comercio, en orden a garantizar la realización de la competencia mercantil dentro de los linderos de la licitud, cual sucedió con la legislación colombiana...".

Con esta concepción doctrinal, el constituyente quiso abandonar el marco intervencionista y proteccionista que en materia de prestación de servicios públicos venía caracterizándose durante la vigencia de la Constitución de 1886. Básicamente a partir de los artículos 333, 334, 336; 365 a 370 constitucionales, se incorporó a los servicios públicos dentro de la concepción de la actividad económica e iniciativa privada libres, en una sociedad regida por los principios de la competencia económica, y sobre la consideración de que la constitución de empresas por los particulares para la prestación de los servicios públicos es uno de sus baluartes más importantes que las compromete dentro de una función social que implica obligaciones.

X. LA FUNCIÓN PÚBLICA.

1. Las bases constitucionales de la función pública.

La función pública en cuanto componente importante del derecho administrativo, se caracteriza en el derecho nacional por su estrecha vinculación con el orden constitucional. En la practica la dinámica de las normas y principios constitucionales han consolidado el verdadero derecho administrativo en esta materia. Bajo este contexto las normas rectoras de la función publica nacional emanan de los siguientes postulados:

– Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

– No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

– Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

– Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

– Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas.

– La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

– Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

– La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.

– Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación. Se exceptúa los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos.

– Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno, con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

– A los empleados del Estado y de sus entidades descentralizadas que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa, o se desempeñen en los órganos judicial, electoral, de control, les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. Los empleados no contemplados en esta prohibición podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la ley. La utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta.

– Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

– Los servidores públicos no podrán aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros u organismos internacionales, ni celebrar contratos con ellos, sin previa autorización del Gobierno.

2. El concepto de servidor público.

La denominación de Servidor Público en el derecho colombiano, se utiliza para caracterizar a quienes tienen una vinculación de naturaleza permanente con la Administración. En nuestro ordenamiento Colombiano y a nivel Constitucional, solamente surge esta concepción a partir de la reforma constitucional del año de 1991. Así las cosas, El Servidor Público, tal como esta establecido hoy en la Constitución Política colombiana de 1991, hace referencia a la Persona Natural que de manera permanente desempeña, ejecuta o realiza funciones publicas, funciones administrativas, o presta servicios públicos. Es decir, el concepto de servidor Público dentro del derecho colombiano, está ligado a una vocación de permanencia de la persona que desempeña una Función Publica, Administrativa, o ejecuta o realiza actividades de servicios públicos.

Constitucionalmente, el artículo 123 establece la clasificación de los Servidores Públicos en Colombia y establece la disposición lo siguiente: "Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios". Agrega además que éstos están al servicio del Estado y de la comunidad y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

La disposición constitucional advierte que quienes presten o quienes desarrollen actividades y funciones públicas, o funciones administrativas o presten servicios públicos con carácter permanente y sean personas Naturales recibirán el nombre de *Servidores Públicos*. Así las cosas, los Servidores Públicos se van a clasificar en 3 categorías: Los Miembros de las Corporaciones Publicas.; Los Empleados del Estado; Los trabajadores del Estado. Las categorías en las cuales

se clasifican los Servidores del Estado van a ser aplicables a todos los Servidores Públicos de todas las Ramas del Poder Público de todos los Organismos y Entidades del Estado, incluidos los Órganos u Organismos y Entidades de Control, los organismos que tengan el carácter de órgano electoral y los Organismos y Entidades Autónomos Constitucionales, independientemente del vinculo que tengan y del Organismo, Entidad o Rama del Poder Público del que se trate.

3. La carrera administrativa

En los términos del artículo 125 constitucional los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

El Congreso Nacional expidió la ley 909 de 2004 por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. Esta nueva legislación sobre carrera administrativa, establece un sistema para evaluar a los funcionarios, tanto a los del sistema de carrera como los que no están en esta situación.

XI. EL URBANISMO, MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO.

1. El urbanismo y la ordenación del territorio en Colombia.

La evolución de las instituciones urbanísticas colombianas, en especial de su régimen jurídico, ha sido el producto del trabajo silencioso de nuestras autoridades municipales. Correspondió históricamente a los concejos y alcaldes, la elaboración de un autentico derecho urbanístico a partir de sus experiencia y necesidades locales en torno al crecimiento urbano y a la disposición de elementos adecuados para el desarrollo humano a través de la disposición de espacios públicos útiles y adecuados para la satisfacción de necesidades de la comunidad y el establecimiento de parámetros para la construcción ordenada y el desarrollo de la actividad urbanizadora, actuaciones estas, que a través de los años llevaron a la consolidación de un sui generis régimen jurídico local, que se concreto en la expedición de una gran multiplicidad de disposiciones normativas de carácter general, reguladoras de las mas variadas actividades urbanísticas, bajo conceptos doctrinales o académicos disímiles y muchas veces simplemente dependientes de la lógica de autodidactas y expertos en asuntos de la vida local desconectados por completo de las grandes corrientes doctrinarias en estas materias.

Este derecho, por lo demás apasionante por su arraigo a lo nuestro y a la cotidianidad de los municipios se consolido, en la mayoría de los casos, en los llamados códigos urbanísticos municipales, complementados por infinidad de disposiciones sobre obras, paramentos, calles, parques, usos del suelo, servicios públicos, etc, conformando para cada entidad territorial un cuerpo disperso pero autentico de disposiciones relativas al urbanismo, en muchos casos fundadas en disposiciones del código civil y en ejercicio de la actividad de policía y de ordenación de los asuntos locales reconocidos por el legislador a las autoridades municipales, en lo que la doctrina nacional ha conocido como el derecho local colombiano, que nos ha legado un importante acervo normativo, incomprensible dentro de un Estado históricamente moldeado bajo parámetros propios del unitarismo y del centralismo, pero explicables dentro de un modelo de Estado que poca atención le brindaba a estos aspectos básicos de la vida ciudadana. En la practica, a través de la lectura de los textos constitucionales y en especial de los códigos de régimen municipal, se llego a aceptar como propio de la competencia local la expedición de este tipo de normatividad, en donde la presencia del Estado central interventor no resultaba palpable ni mucho menos determinante.

Las transformaciones filosóficas y conceptuales de la actividad urbanística y del papel del Estado en ellas, corren paralelas, aunque parezca contradictorio, con el reconocimiento institucional de mayor autonomía a la actividad municipal y a la vida democrática local. Dentro de estos procesos el poder central retoma su papel protagónico en la regulación del urbanismo. Los primeros intentos de adentrarse en esta disciplina se comienzan a vislumbrar en los años sesenta con la expedición de normas reguladoras de la actividad constructora, acrecentados posteriormente, con las normas sobre autonomía, derivadas de los actos legislativos N° 1 de 1986, N° 2 de 1987, y las leyes 14 de 1983 y 12 de 1986.

De manera concreta se observan ya normas estructuradas en la materia en la Ley 11 de 1986, que introdujo fundamentales reformas al anterior Régimen Municipal: modificó, las condiciones para la creación de municipios; reguló aspectos importantes en materia de inspecciones de policía, asociaciones de municipios, juntas administradoras locales; autorizó a los concejos para dividir los territorios municipales en comunas y corregimientos; instituyó la participación comunitaria en los servicios públicos; dictó normas sobre entidades descentralizadas municipales, personal, contratos, control fiscal, etc.; otorgó facultades extraordinarias al ejecutivo, y en esto para codificar la normatividad dispersa sobre el municipio lo que se concreto en la expedición de los decretos 1222 y 1333 de 1986 que son la base en nuestra opinión de un régimen legal de clara intervención estatal en los asuntos urbanísticos, que se fortalece y especializa posteriormente con las Leyes 9 de 1989, 232 de 1995, 388 de 1997, 400 de 1997, 810 de 2003 y multiplicidad de decretos reglamentarios que han definido el marco de toda actuación local urbanística y que conforman la fuente normativa del denominado derecho urbanístico que ahora en lo local se reorienta a través de los planes de ordenamiento territorial POT y los planes de desarrollo y demás instrumentos locales para la ejecución de estos.

Bajo estos presupuesto se abandona, pues, en el derecho colombiano la construcción local aislada y autónoma del derecho urbanístico y se reorienta la disciplina a través de unas bases legales precisas y claras que sirven de fundamento a la construcción normatividad local, que no desparece sino que por el contrario se fortalece, en la medida en que es a través de las autoridades municipales, que el nuevo derecho urbanístico se fortalece mediante la expedición actos administrativos de carácter general ordenadores e interventores efectivos de la problemática urbana y territorial local.

El principio de legalidad, obtiene en consecuencia una nueva visión en tratándose de las actuaciones relacionadas con el derecho urbanístico, en este sentido, se rompen las barreras de las simples finalidades estrictamente urbanas y se consolida como un área del derecho administrativo de inobjetable contenido territorial, mucho mas compresivo y coherente con las realidades integrales de las municipalidades. El derecho urbanístico así construido, es dominado por un régimen normativo tendiente a la plena aplicación de todas las disposiciones relacionadas con la función pública del urbanismo y con la consolidación de un ordenamiento del territorio municipal lógico, donde se respeten la seguridad jurídica y los intereses individuales bajo el entendido de la prevalencia de los intereses generales, para lo cual juegan papel importante y permanente no solo las disposiciones de carácter legal, sino también aquellas expedidas por las autoridades locales y que se evidencia en la existencia de planes de ordenamiento territorial, planes básicos de ordenamiento territorial y esquemas de ordenamiento territorial, de acuerdo con la categoría y tipo de municipio, al igual que con los instrumentos que las autoridades expidan para la debida ejecución de estas normas.

Precisamente, al definirse los objetivos de la Ley 388 de 1997, se indicó que el papel fundamental de este instrumento legislativo era el de armonizar la Constitución Política, las normas nacionales sobre urbanismo y las locales expedidas por todos los municipios del país para la promoción del ordenamiento de su territorio, lo anterior con un propósito claramente definido: el de establecer un sistema normativo, que a partir de las necesidades locales en materia urbana, determinara las bases para la actuación de todas las autoridades públicas competentes para adoptar decisiones en esta materia. Es decir, que sobre la base de reconocimiento de necesidades urbanas y territoriales locales, contenidas en un plan de ordenamiento territorial, quedaron las autoridades correspondientes habilitadas para adoptar decisiones urbanísticas.

Lo interesante de este sutil derecho urbanístico colombiano, es que opera bajo un sistema complejo, en donde la definición específica de utilidad pública o interés social definida por el legislador, es viable y procedente siempre y cuando la necesidad correspondiente y concreta esté perfectamente definida en un plan de ordenamiento territorial; de lo contrario, las autoridades administrativas al aplicar los mecanismos urbanísticos, estarían obrando por fuera del principio de legalidad propuesto por el legislador en esta materia, en donde insisto, la base de su operancia depende fundamentalmente del contenido del plan de ordenamiento territorial. Así las cosas, la dinámica de nuestro derecho urbanístico se obtiene a través de una interesante interrelación entre la regulación legal y la norma local.

Por ejemplo, para el adecuado ejercicio de un instrumento jurídico vital para el urbanismo como lo es la expropiación, el artículo 60 de la Ley 388 de 1997, que modificó el artículo 12 de la Ley 9 de 1989, señala expresamente que "...Toda adquisición o expropiación de inmuebles que se realice en desarrollo de la presente ley se efectuará de conformidad con los objetivos y uso del suelo establecidos en los planes de ordenamiento territorial...", concepto que se reitera en el parágrafo del artículo 8 de la misma ley, cuando al referirse a las actuaciones urbanísticas, entre ellas las de determinar espacios libres para parques, áreas verdes públicas y la expropiación de terrenos y mejoras, indica que "...Las acciones urbanísticas aquí previstas deberán estar contenidas o autorizadas en los planes de ordenamiento territorial o en los instrumentos que los desarrollen o complementen, en los términos previstos en la presente ley...". Significa lo anterior, que no podría promoverse ningún tipo de adquisición o expropiación de terrenos para efectos de desarrollar proyectos de utilidad pública o interés social, que no estén contenidos o autorizados por las autoridades locales que expiden los planes de ordenamiento territorial.

Es más, que si se profiere algún instrumento administrativo que desarrolle los planes de ordenamiento territorial, por ejemplo, para la determinación de espacios libres para parques (artículo 8 numeral 4 de la Ley 388 de 1997) y, consecuentemente, autorice la adquisición o expropiación de los mismos (artículo 8 numeral 10 de la Ley 388 de 1997), sin estar reglados en la norma local, la conducta y decisiones correspondientes de la autoridad estarían viciadas en su legalidad. Dichas actuaciones deben estar previamente por lo menos mencionadas, señaladas o de alguna manera contenidas o autorizadas en el correspondiente plan de ordenamiento territorial, con el fin de que el instrumento las desarrolle. De esta forma, por lo menos para el ejemplo expuesto, el legislador le ha otorgado al derecho local un poder vinculante importante, consolidándolo como componente importante de nuestro derecho urbanístico.

De no ser así, se desconocería incluso el objeto mismo de la ley de ordenamiento territorial (artículo 6 de la Ley 388 de 1997), cuando señala que de los grandes propósitos de la existencia de los planes de ordenamiento territorial, esto es, de la intervención de las autoridades locales sobre el territorio, es no solo el de orientar su desarrollo y aprovechamiento, sino también, el de la definición previa de necesidades o prioridades como principio de orden, con el propósito de evitar la improvisación en las futuras actuaciones de las autoridades en definir "...los programas y proyectos que concreten estos propósitos..." (artículo 6 numeral 3 de la Ley 388 de 1997).

Este principio, de la integración normativa local con la norma general de la ley tiene su fundamento en la preservación de las bases sustentadoras del Estado de derecho, como son las del respeto a la seguridad jurídica, a los derechos de los asociados y, sobre todo, al respeto de la realidad local por encima de la abstracta descripción normativa legal. Se busca que las autoridades competentes en materia urbana o territorial no actúen arbitrariamente, de manera subjetiva, emotiva o pasional, para aplicar a un asunto determinado, razones de utilidad pública o interés social, cuando las corporaciones de representación popular no hubieren señalado este asunto como prioritario o necesario para el desarrollo territorial en el correspondiente plan de ordenamiento, o sencillamente, como lo indica el parágrafo del artículo 8 de la Ley 388 de 1997, no hubieren autorizado dicho asunto de manera directa[133].

Adquiere tal importancia para el legislador la preservación de esta correlación, que llevó al grado de prohibición a las autoridades públicas cualquier decisión o actuación que desconozca el contenido del plan de ordenamiento territorial, a través de la promoción de acciones urbanas por fuera de sus marcos normativos. Señala precisamente el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 388 de 1997 que "... Ningún agente público o privado podrá realizar actuaciones urbanísticas que no se ajusten a las previsiones y contenidos de los planes de ordenamiento territorial, a su desarrollo en planes parciales y a las normas estructurales del plan o complementaria del mismo...". Es decir, cualquier decisión administrativa que desconozca los planes de ordenamiento territorial o sencillamente sea el producto de un desarrollo inadecuado del mismo, estaría viciada de nulidad absoluta por desconocer el derecho público de la Nación colombiana, dentro del cual indubitablemente

[133] Corte Constitucional, Sentencia C-216 del 09 de junio de 1993, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, "...Se hace posible el excepcional procedimiento de la expropiación y se afecta mediante éste el derecho del propietario no para dar satisfacción a intereses privados, sino por razones que favorecen el beneficio colectivo, lo cual hace legítimo y constitucional que el propietario pierda su derecho para contribuir a los fines sociales siempre y cuando se cumpla en su integridad con los presupuestos y requisitos que la Carta exige. En las normas demandadas no se plasma una posibilidad de expropiación por interés distinto al público, ni se produce la situación descrita en la demanda, según la cual unos particulares expropiarían a otros...". (El subrayado es nuestro).

se encuentran las normas de intervención urbana contenidas en los correspondientes planes de ordenamiento territorial. Pero es más, estaría comprometida la responsabilidad personal, tanto disciplinaria como penal, de los servidores públicos que actúen desconociendo esta prohibición.

De igual manera, los contratos que se llegaren a realizar o los actos de expropiación sobre inmuebles que se produzcan con desconocimiento del anterior principio, estarían igualmente incursos en situación de nulidad absoluta, insubsanable. Una actuación pública incursa en la prohibición del artículo 20 inciso 2 podría eventualmente considerarse como manifiestamente contraria a la ley. De aquí la necesidad de que la administración pública, cuando se encuentre frente a situaciones como éstas, adopte de inmediato los correctivos pertinentes, revocando los actos correspondientes.

Así las cosas, el plan se torna entonces en el elemento central de nuestro derecho urbanístico[134], básicamente en lo local, como lo hemos visto. Constituye a todas luces el complemento ideal de una legislación general y abstracta en asuntos urbanísticos, para el caso colombiano de la contenida en las Leyes 9 de 1989 y 388 de 1997. El legislador ha depositado en el plan, para ser desarrolladas por las autoridades locales, la más amplia y variada gama de atribuciones tendientes a establecer regulaciones y expedir normas en materia urbanística que se caracterizan por su concreción, especialidad e individualización de la materia, que hacen que este conjunto normativo, sin perder su carácter de reglamento, no pueda asimilarse a un simple conjunto normativo ordinario general y abstracto, como tradicionalmente se entiende al reglamento en los ordenamientos jurídicos.

Someter el plan a un tratamiento conceptual clásico dentro de la categorización de reglamentos impediría cumplir los propósitos y finalidades esperados de un plan normativo urbanístico, cual es el de referirse en concreto al problema urbano adoptando soluciones dentro del amplio esquema de posibilidades y alternativas recomendadas para tratar los conflictos territoriales y urbanos. Si bien es cierto, el plan por su naturaleza constituye un claro ejemplo de reglamento, sin perder su papel estelar en la defensa y protección del interés general, difiere sustancialmente de los reglamentos tradicionales o clásicos en el carácter especial y específico de sus disposiciones, que no obstante su vigencia genérica para la comunidad determinan condiciones directas y limitativas de derechos como el de propiedad, constitutivas de obligaciones y deberes, llegando incluso a prefijar el contenido mismo del concepto de propiedad.[135]

Una simple aproximación a la ley de ordenamiento territorial nos permite visualizar la magnitud de los asuntos que en concreto deben estar tratados en el plan y de paso la enorme discrecionalidad de que las autoridades locales son investidas en cuanto a lo genérico de las materias asignadas. Un simple repaso a los instrumentos de acción urbanística definidos en el artículo 8 de la Ley

[134] Ley 388 de 1997, "Artículo 9°. Plan de ordenamiento territorial El plan de ordenamiento territorial que los municipios y distritos deberán adoptar en aplicación de la presente ley, al cual se refiere el artículo 41 de la Ley 152 de 1994, es el instrumento básico para desarrollar el proceso de ordenamiento del territorio municipal. Se define como el conjunto de objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas adoptadas para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo. Los planes de ordenamiento del territorio se denominarán: a) Planes de ordenamiento territorial: elaborados y adoptados por las autoridades de los distritos y municipios con población superior a los 100.000 habitantes; b) Planes básicos de ordenamiento territorial: elaborados y adoptados por las autoridades de los municipios con población entre 30.000 y 100.000 habitantes; c) Esquemas de ordenamiento territorial: elaborados y adoptados por las autoridades de los municipios con población inferior a los 30.000 habitantes".

[135] Javier Delgado Barrio. El Control de la Discrecionalidad del Planeamiento Urbanístico, Madrid, Civitas, 1993. Pg 17 y 18.

388 de 1997 permitiría concluir que el contenido del plan estaría dado por materias significativas para el interés general municipal[136].

Por otra parte, en su elaboración se deben respetar claras normas de carácter superiores, lo que condiciona inevitablemente a las autoridades locales al momento de definir su contenido. Es decir, existe un principio de determinación legal para la elaboración de la norma local o propiamente del reglamento urbanístico local, que hace imposible su estructuración sobre la idea de libertad absoluta de la autoridad local. La vinculación por lo tanto entre las decisiones adoptadas en el plan y el ordenamiento superior es ostensible, clara y vinculante[137].

[136] a)Clasificación del territorio en suelo urbano, rural y de expansión urbana. b)Localización y señalización de las características de la infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios, la disposición y tratamiento de los residuos sólidos, líquidos, tóxicos y peligrosos y los equipamientos de servicios de interés público y social, tales como centros docentes y hospitalarios, aeropuertos y lugares análogos. c)Establecimiento de la zonificación y localización de los centros de producción, actividades terciarias y residenciales y definición de los usos específicos, intensidades de uso, las cesiones obligatorias, los porcentajes de ocupación, las clases y usos de las edificaciones y demás normas urbanísticas. d)Determinación de los espacios libres para parques y áreas verdes públicas en proporción adecuada a las necesidades colectivas. e)Determinación de las zonas no urbanizables que presenten riesgos para la localización de asentamientos humanos por amenazas naturales o que de otra forma presenten condiciones insalubres para la vivienda. f)Determinación de las características y dimensiones de las unidades de actuación urbanística de conformidad con lo establecido en la ley. g)Calificación y localización de terrenos para la construcción de viviendas de interés social. h)Calificación y determinación de terrenos como objeto de desarrollo y construcción prioritaria. i)Dirección y realización de la ejecución de obras de infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios y los equipamientos públicos, directamente por la entidad pública o por entidades mixtas o privadas, de conformidad con las leyes. j)Expropiación de los terrenos y las mejoras cuya adquisición se declare como de utilidad pública o interés social, de conformidad con lo previsto en la ley. k)Localización de las áreas críticas de recuperación y control para la prevención de desastres, así como de las áreas con fines de conservación y recuperación paisajística. l)Identificación y caracterización de los ecosistemas de importancia ambiental del municipio, de común acuerdo con la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción para su protección y manejo adecuados. m)Determinación y reserva de terrenos para la expansión de las infraestructuras urbanas. n)Todas las demás que fueren congruentes con los objetivos del ordenamiento del territorio.

[137] Ley 388 de 1997, "Artículo 10. Determinantes de los planes de ordenamiento territorial. En la elaboración y adopción de sus planes de ordenamiento territorial los municipios y distritos deberán tener en cuenta las siguientes determinantes, que constituyen normas de superior jerarquía, en sus propios ámbitos de competencia, de acuerdo con la Constitución y las leyes: 1.– Las relacionadas con la conservación y protección del medio ambiente, los recursos naturales y la prevención de amenazas y riesgos naturales, así: a) Las directrices, normas y reglamentos expedidos en ejercicio de sus respectivas facultades legales, por las entidades del Sistema Nacional Ambiental, en los aspectos relacionados con el ordenamiento espacial del territorio, de acuerdo con la Ley 99 de 1993 y el Código de Recursos Naturales, tales como las limitaciones derivadas del estatuto de zonificación de uso adecuado del territorio y las regulaciones nacionales sobre uso del suelo en lo concerniente exclusivamente a sus aspectos ambientales; b) Las regulaciones sobre conservación, preservación, uso y manejo del medio ambiente y de los recursos naturales renovables, en las zonas marinas y costeras; las disposiciones producidas por la Corporación Autónoma Regional o la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción, en cuanto a la reserva, alindamiento, administración o sustracción de los distritos de manejo integrado, los distritos de conservación de suelos, las reservas forestales y parques naturales de carácter regional; las normas y directrices para el manejo de las cuencas hidrográficas expedidas por la Corporación Autónoma Regional o la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción; y las directrices y normas expedidas por las autoridades ambientales para la conservación de las áreas de especial importancia ecosistémica; c) Las disposiciones que reglamentan el uso y funcionamiento de las áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales y las reservas forestales nacionales; d) Las políticas, directrices y regulaciones sobre prevención de amenazas y riesgos naturales, el señalamiento y localización de las áreas de riesgo para asentamientos humanos, así como las estrategias de manejo de zonas expuestas a amenazas y riesgos naturales.2.– Las políticas, directrices y regulaciones sobre conservación, preservación y uso de las áreas e inmuebles consideradas como patrimonio cultural de la Nación y de los departamentos, incluyendo el histórico, artístico y arquitectónico, de conformidad con la legislación correspondiente. 3.–El señalamiento y localización de las infraestructuras básicas relativas a la red vial nacional y regional, puertos y aeropuertos, sistemas de abastecimiento de agua, saneamiento y suministro de energía, así como las directrices de ordenamientos para sus áreas de influencia.4.–Los componentes de ordenamiento territorial de los planes integrales de desarrollo metropolitano, en cuanto se refieran a hechos metropolitanos, así como las normas generales que establezcan los

En conclusión, si bien es cierto que el plan local corresponde en cuanto a su elaboración a una instancia inferior a la ley, su contenido prácticamente está definido por el legislador, no con carácter reglado sino más bien discrecional, dejando a las autoridades márgenes interesantes para su concreción teniendo como base la realidad local, pero de todas maneras obligándolas al respeto profundo de todo el orden jurídico superior, esto es, cerrando cualquier puerta a la arbitrariedad.

2. El medio ambiente.

La normatividad administrativa sobre el medio ambiente tiene como fuente directa el texto constitucional de 1991 que compromete al estado en el respeto y protección del ambiente en cuanto que este se eleva a la categoría de derecho de todas las personas habitantes del territorio nacional, bajo la doble connotación de ser un derecho que implica para su ejercicio el carácter de participativo, de aquí que los desarrollos administrativos impliquen permanentemente la consulta de la comunidades y la convocatoria de todos los interesados en la preservación del mismo en cuanto asunto de interés general. Así mismo, es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines. (Art.-79 Constitucional).

El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, para lo cual la normativa básica establecida en la ley 99 de 1993 determina todo un sendero de políticas y prioridades para estos efectos, en este sentido y para una acción coherente de las autoridades administrativas al respecto se ha creado el SIMA o Sistema Nacional Ambiental, el cual constituye el conjunto de orientaciones, normas, actividades, recursos, programas e instituciones que permiten la puesta en marcha de los principios generales ambientales contenidos en la ley 99 de 1993. De conformidad con el artículo 4 de esta ley este sistema estará integrado por los siguientes componentes: 1) Los principios y orientaciones generales contenidos en la Constitución Nacional, en esta Ley y en la normatividad ambiental que la desarrolle. 2) La normatividad específica actual que no se derogue por esta Ley y la que se desarrolle en virtud de la ley. 3) Las entidades del Estado responsables de la política y de la acción ambiental, señaladas en la ley. 4) Las organizaciones comunitarias y no gubernamentales relacionadas con la problemática ambiental. 5) Las fuentes y recursos económicos para el manejo y la recuperación del medio ambiente. 6) Las entidades públicas, privadas o mixtas que realizan actividades de producción de información, investigación científica y desarrollo tecnológico en el campo ambiental. El Gobierno Nacional reglamentará la organización y funcionamiento del Sistema Nacional Ambiental, SINA.

Las disposiciones básicas no solo establecen el régimen sustancial aplicable a la problemática del ambiente sino que también como lo dispone el artículo 80 constitucional regulan un especial régimen de policía administrativa, habilitando a las autoridades para iniciar las actuaciones administrativas o judiciales tendientes a la reparación de los daños causados al ambiente por cualquier actor público o privado. Así se entiende cuando la disposición constitucional preceptúa que

objetivos y criterios definidos por las áreas metropolitanas en los asuntos de ordenamiento del territorio municipal, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 128 de 1994 y la presente ley".

además el Estado, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas[138].

XII. BIENES PÚBLICOS.

No obstante las múltiples criticas que la doctrina nacional, en especial la civilista, efectúa en el sentido de la falta de técnica legislativa en cuanto al tratamiento de los bienes de públicos en el código civil, lo cierto es que este ordenamiento continúa en la hora actual de nuestra evolución constituyendo el punto básico o piedra angular de cualquier referencia que se haga en torno a los bienes del común y de los diferentes entes públicos. Herencia esta proveniente del código civil francés y más directamente del chileno, que es la fuente inmediata del nuestro.

En este sentido el artículo 674 del código en referencia señala que se llaman bienes de la unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República, entendiéndose por unión, bajo los actuales parámetros constitucionales los bienes de la nación, esto en el entendido de que hemos abandonado históricamente el concepto de Estado federal y nos hemos perpetuado en la modalidad de Estado unitario según lo explicado en los numerales anteriores. Ahora bien estos bienes pueden ser de dos clases: de uso público y fiscales. Para estos efectos agrega el inciso segundo del artículo 674 del estatuto civil que "...Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la unión de uso público o bienes públicos del territorio...".

[138] Ley 99 de 1993. TITULO I FUNDAMENTOS DE LA POLITICA AMBIENTAL COLOMBIANA ARTICULO 1o. Principios Generales Ambientales. La política ambiental colombiana seguirá los siguientes principios generales: 1. El proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Rio de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo. 2. La biodiversidad del país, por ser patrimonio nacional y de interés de la humanidad, deberá ser protegida prioritariamente y aprovechada en forma sostenible. 3. Las políticas de población tendrán en cuenta el derecho de los seres humanos a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza. 4. Las zonas de páramos, subpáramos, los nacimientos de agua y las zonas de recarga de acuíferos serán objeto de protección especial. 5. En la utilización de los recursos hídricos, el consumo humano tendrá prioridad sobre cualquier otro uso. 6. La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente. 7. El Estado fomentará la incorporación de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos para la prevención, corrección y restauración del deterioro ambiental y para la conservación de los recursos naturales renovables. 8. El paisaje por ser patrimonio común deberá ser protegido. 9. La prevención de desastres será materia de interés colectivo y las medidas tomadas para evitar o mitigar los efectos de su ocurrencia serán de obligatorio cumplimiento. 10. La acción para la protección y recuperación ambientales del país es una tarea conjunta y coordinada entre el Estado, la comunidad. las organizaciones no gubernamentales y el sector privado. El Estado apoyará e incentivará la conformación de organismos no gubernamentales para la protección ambiental y podrá delegar en ellos algunas de sus funciones. 11. Los estudios de impacto ambiental serán el instrumento básico para la toma de decisiones respecto a la construcción de obras y actividades que afecten significativamente el medio ambiente natural o artificial. 12. El manejo ambiental del país, conforme a la Constitución Nacional, será descentralizado, democrático y participativo. 13. Para el manejo ambiental del país, se establece un Sistema Nacional Ambiental, SINA, cuyos componentes y su interrelación definen los mecanismos de actuación del Estado y la sociedad civil. 14. Las instituciones ambientales del Estado se estructurarán teniendo como base criterios de manejo integral del medio ambiente y su interrelación con los procesos de planificación económica, social y física".

Así las cosas, si el bien reúne estas dos características, la pertenecer a una entidad de derecho público y adicionalmente estar destinado al uso por igual de todos los habitantes del territorio nacional, el bien es indiscutiblemente de aquellos que la ley civil califica como de uso público, lo que implica adicionalmente lo siguiente: que son de propiedad pública; su uso es común y general, lo que imposibilita la generación de derechos subjetivos particulares; son imprescriptibles; son inembargables; son inalienables. Dentro de esta modalidad pueden ubicarse el mar jurisdiccional del Estado colombiano, los ríos, las lagunas, los humedales, las vías públicas, calles, plazas, puentes, caminos, el espacio aéreo, el espectro electromagnético, etc. Según lo dispuesto por el artículo 678 del código civil, el uso y goce que para el tránsito, riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en ríos y lagos, y generalmente en todos los bienes de la Unión de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este código y a las demás que sobre la materia contengan las leyes.

En el inciso tercero del artículo 674 se establece una categoría diferente de bienes contrapuesta a los de uso público y son los conocidos como bienes de contenido económicos del Estado. Indica la disposición que "...Los bienes de la unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la unión o bienes fiscales." Estos bienes se caracterizan por estar en el comercio y en trafico jurídico conforme a las reglas de orden público que los rijan. De conformidad con su conceptualización son bienes esencialmente enajenables; imprescriptibles; por lo general embargables; entre los principales bienes de esta categoría tenemos los siguientes: edificios públicos, oficinas públicas; predios del Estado o de las diferentes entidades públicas como cuarteles, fincas, minas; los dineros públicos, impuestos etc.

Adicional a los anteriores existen otros tipos de bienes como los baldíos que son únicamente aquellos rurales de propiedad de la nación y sujetos a un régimen especial de interés general, estos bienes se encuentran sujetos a lo dispuesto en la ley 160 de 1994 o ley de reforma agraria. Subsisten en algunas partes del país la herencia colonial de los bienes ejidos o bienes de propiedad de la comunidad, no del estado. Entre nosotros estos bienes estar sometidos a un régimen especial a partir de la ley 41 de 1948 y destinados básicamente a atender necesidades de vivienda para personas desposeídas.

Por otra parte a partir de la vigencia de las leyes básicas sobre urbanismo, como lo son la 9 de 1989 y 388 de 1997, se ha incorporado el concepto de espacio público que puede comprender tanto bienes públicos como privados[139].

[139] Ley 9 de 1989 Artículo 5.– Entiéndese por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.

Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal, como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como la de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen por consiguiente zonas para el uso o el disfrute colectivo.

PAR.—Adicionado. L. 388/97, art. 117. El espacio público resultante de los procesos de urbanización y construcción se incorporará con el solo procedimiento de registro de la escritura de constitución de la urbanización en la Oficina de Instrumentos Públicos, en la cual se determinen las áreas públicas objeto de cesión y las áreas privadas, por su localización y linderos. La escritura correspondiente deberá otorgarse y registrarse antes de la iniciación de las ventas del proyecto respectivo.

DERECHO ADMINISTRATIVO COSTARRICENSE

Ponente: PROF. ALDO MILANO S.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Administrativo costarricense muestra una alta dosis de influencia del Derecho Administrativo europeo y, en especial, del español.

Las principales leyes de la materia, es decir, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la Ley General de la Administración Pública, muestran claras evidencias de tal circunstancia.

La primera, está inspirada en la ley española de la materia de 1956 hoy derogada. Más aún, no menos de un ochenta por ciento de sus normas, son idénticas. La segunda, por su parte, muestra grandes coincidencias con el modelo español en el trato de los grandes temas del Derecho Administrativo. Un claro ejemplo es el modelo de responsabilidad administrativa, que incorpora al medio costarricense, con pequeños ajustes, el régimen de la Ley de Expropiación Forzosa de España de 16 de diciembre de 1954.

A esta situación, debe agregarse la gran empatía con los grandes juristas españoles, cuyas obras son seguidas con gran atención por la comunidad jurídica nacional.

No puede desmerecerse, por todo ello, el gran aporte y profunda influencia de la doctrina y legislación española en el medio costarricense y debe por ello dejarse patente tal circunstancia.

Otro de los aspectos que es preciso señalar a modo de introducción, es que la praxis jurídica costarricense, muestra un fuerte protagonismo de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia[1] que ha alcanzado, sin duda, al derecho administrativo.

La debilidad de la jurisdicción contencioso administrativa costarricense, ha debido ser compensada por una protagónica jurisdicción constitucional que ha intervenido en todos los grandes temas del derecho administrativo.

Como se verá al cubrir cada uno de los temas de este ensayo, la intervención de ese Tribunal, en muchos casos, ha sido la que, en detrimento de la jurisdicción contencioso administrativa, ha definido los lineamientos a partir de los cuales se sustentan los institutos jurídicos de que se compone el ordenamiento jurídico administrativo.

Se trata, con todo, de una nueva evidencia de la debilidad que afecta la jurisdicción contencioso administrativa y de la urgente necesidad de su reforma, tema al cual se dedicarán algunas líneas también.

[1] De conformidad con lo establecido por el artículo 10 de la Constitución Política, corresponde a *"una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. (...)"*. El artículo 48 constitucional le asigna la competencia para conocer, además, de los recursos de habeas corpus y de amparo.

II. MODELO REGULATIVO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COSTARRICENSE, BASE CONSTITUCIONAL, CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y FUENTES

1. Costa Rica, un Estado Constitucional de Derecho

La Constitución Política costarricense, postula como ideario fundamental, la construcción de un Estado Constitucional de Derecho, lo cual permea de forma transversal el Ordenamiento Jurídico. Así lo ha entendido la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en sus fallos, cuya eficacia vinculante por disposición de ley[2], representa, precisamente, una evidencia de tal circunstancia.

Conforme al artículo 9 de la Constitución Política, *"El Gobierno de la República es popular, representativo, alternativo y responsable. Lo ejercen tres Poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias"*.

Se ha encontrado en esa norma, entre otras cosas, el sustento constitucional de la división de poderes, noción jurídica que ha sido objeto de evaluación por parte de la Sala Constitucional, en múltiples ocasiones. Así, para el aludido Tribunal, la división de poderes no puede entenderse como un mecanismo rígido que define, de una forma químicamente pura, las funciones de cada uno de los Poderes del Estado. Se decanta el Alto Tribunal, por la idea de una "*...separación de funciones, es decir, de la distribución de ellas entre los diferentes órganos estatales*" [3].

Se ha considerado legítimo, por ello, que el Poder Ejecutivo entre a regular normativamente en materia de policía, materia resguardada, por principio, a la reserva de ley[4]. También, se ha admitido que una norma reglamentaria, *"complete"* una norma legal, *"...siempre que el Ejecutivo se mantenga dentro del marco propio de sus atribuciones constitucionales y que la ley que remite establezca con suficiente claridad los presupuestos de la punibilidad, así como la clase de extensión de la pena"*[5].

La doctrina ha entendido que el diseño constitucional costarricense, en lo que a distribución de funciones entre los Poderes se refiere, ha conducido a *"una concentración excesiva de poder en manos del Ejecutivo"*, lo cual hace recomendable, en procura de un mayor balance entre Poderes, el reforzamiento del control político a cargo de la Asamblea Legislativa[6].

[2] Así resulta de lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional No. 7135 del 5 de octubre de 1989.

[3] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No 6829-93 de las ocho y treinta y tres horas del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y tres. En el mismo sentido véanse, entre otras, las Sentencias No. 1011-95 de las quince horas cincuenta y un minutos del veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y cinco; No.3939-95 de las quince horas cincuenta y cuatro minutos del dieciocho de julio de mil novecientos noventa y cinco; No. 3575-96 de las once horas dieciocho minutos del doce de julio de mil novecientos noventa y seis y No. 1018-97 de las catorce horas con cuarenta y cinco minutos del dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y siete, entre otras.

[4] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 6579-94 de las a las quince horas doce minutos del ocho de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro

[5] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 1876-90 de las dieciséis horas del diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y la 2527-94 de las quince horas con treinta minutos del treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, entre otras.

[6] HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, en **Temas Claves de la Constitución Política**, Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, 1999, Págs. 80 y 81.

Con todo, no se observa en la realidad jurídico constitucional del Estado costarricense, continuas colisiones entre poderes, al grado que la Sala Constitucional, a quien le corresponde resolver conflictos de competencia entre los Supremos Poderes, conoció y resolvió, tan sólo, catorce conflictos de constitucionalidad, entre 1989 y el 2002, muchos de los cuales, en realidad, resultaron inadmisibles[7].

Esto deja ver, en alguna medida, el grado de madurez institucional y de acople entre los Supremos Poderes, en ejercicio de sus respectivas funciones, sin perjuicio de una ciertamente protagónica intervención del Poder Ejecutivo que ha visto ensanchadas algunas de sus potestades, en especial, la reglamentaria.

2. Fuentes del Derecho Administrativo Costarricense

A. Normas escritas

Según lo establece el artículo 6 de la LGAP, el ordenamiento jurídico administrativo está constituido por la Constitución Política, como norma de normas, los tratados internacionales, las leyes y demás actos con valor de ley, los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes, así como los de los demás Supremos Poderes en materia de su competencia; los reglamentos autónomos y de servicio del Poder Ejecutivo y los reglamentos de los demás entes descentralizados.

Como se ve, la norma citada descarta, de plano, cualquier duda en torno al valor normativo y de aplicación directa de la Constitución, como también su consabida supremacía en la pirámide normativa.

En lo que a los Tratados internacionales se refiere, interesa destacar el hecho de que la jurisprudencia contencioso administrativa ha visto en éstos, también, una fuente normativa de aplicación directa, con supremacía por encima de la ley[8].

La Ley, en su concepto formal, de acuerdo con el régimen jurídico costarricense, es la norma que resulta del procedimiento legislativo que compete a la Asamblea Legislativa conforme al artículo 121 constitucional. Para su plena eficacia, la ley requiere sanción del Ejecutivo y su publicación. Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 129 de la Constitución, la Ley *"no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior"*, lo cual alude al concepto de la fuerza de ley, directamente relacionado con el de la jerarquía normativa.

Aunque excepcionales, los actos con valor de ley son admitidos en el régimen jurídico costarricense. Pueden distinguirse al menos dos distintos tipos: los de facto, algunos de ellos vigentes, y que fueron adoptados por la Junta Fundadora de la Segunda República a mediados del siglo pasado, entre los cuales destaca el que creó una entidad autónoma a la cual se delegó monopólicamente, la prestación del servicio de energía eléctrica y de telecomunicaciones[9], y además, aquellos que se adopten con ocasión de calificadas circunstancias de urgencia administrativa (Art. 180 párrafo 3 de la CP). JINESTA LOBO, distingue en el

[7] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, **Evolución Histórica desde su Creación 1989-2003**, Pág. 6.

[8] Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia No. 202-99 de las dieciséis horas del quince de junio de mil novecientos noventa y nueve.

[9] Se trata del Decreto-Ley de la Junta Fundadora de la Segunda República No. 499 de 9 de abril de 1949.

ordenamiento jurídico costarricense, dos distintos supuestos de estado de urgente necesidad: el estado de sitio (art. 141.4 CP) y el estado de defensa nacional (art. 121,6) y 147 1) CP) [10].

En cuanto a los reglamentos, existe una expresa o implícita autorización constitucional para adoptar reglamentos ejecutivos y autónomos, sean éstos de organización o de servicio. En el caso de los ejecutivos, su adopción corresponde, exclusivamente, al Poder Ejecutivo. En el caso de los reglamentos autónomos, se ha admitido que tanto los demás Poderes de la República, como las entidades autónomas, están en posibilidad jurídica de adoptarlos en la materia de su competencia y como resultado de una potestad que les resulta inherente en beneficio de la mejor prestación del servicio público –en sentido amplio– a su cargo.

B. Normas no escritas

La insuficiencia del derecho escrito para cubrir la totalidad de supuestos de hecho que la realidad social genera, ha sido manejada por la LGAP –art. 7– a partir de la incorporación al Bloque de Legalidad, de las normas no escritas –la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales–, a las cuales se asigna la tarea de *"interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito"*, asignándoseles *"...el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan"*. En el caso de que deban suplir la ausencia o insuficiencia de normas escritas, dice el párrafo segundo del citado artículo, que dichas fuentes *"tendrán el rango de ley"*[11].

Interesa destacar, en el manejo de las normas no escritas que realiza la LGAP, el papel que asigna a los principios generales de derecho, ya no sólo como integradores del Ordenamiento Jurídico, sino además, como fuente para la autorización implícita de los actos de la Administración, tal y como resulta de lo dispuesto por el artículo 14 párrafo 1 de la citada ley[12].

A esta consideración, cabe agregar la acogida de los Principios de Autosuficiencia y Autointegración del Ordenamiento Jurídico Administrativo que postula el artículo 9 *ibídem*, lo cual ha ratificado el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda[13]. Efectivamente, no sólo se reconoce la posibilidad de acudir a normas no escritas para suplir la insuficiencia de las normas escritas, sino que además, conforme a la disposición citada, se declara la independencia del ordenamiento jurídico administrativo, por lo que el derecho privado o común y sus principios, sólo podrán servir para integrar el derecho administrativo, en caso de ausencia de norma escrita o no escrita del derecho público.

[10] JINESTA LOBO, Ernesto, **Tratado de Derecho Administrativo**, págs. 154 y 155.

[11] En efecto, explica Ortiz Ortiz, que *"Cuando el principio suple la ley en el supuesto de laguna, su rango debe ser el de la ley. En esta hipótesis el principio es fuente primaria, como la ley, dada la ausencia total de regulación expresa. Y como la ley, debe reputarse subordinada únicamente a la Constitución que confiere la fuerza de aquella a toda fuente primaria por naturaleza. Pero se trata de una ley sui generis. Pues por su propia función, si bien puede ser modificada y derogada por la ley formal, no puede modificar y derogar la ley, porque entonces desaparecería, por definición, la hipótesis de laguna (ausencia de ley)"*. ORTIZ ORTIZ, Eduardo, **Tesis de Derecho Administrativo,** Tomo I, págs. 321 y 322.

[12] Señala la disposición: *"Los principios generales de derecho podrán autorizar implícitamente los actos de la Administración Pública necesarios para el mejor desarrollo de las relaciones especiales creadas entre ella y los particulares por virtud de actos o contratos administrativos de duración"*.

[13] Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia No. 459-2003 de las diez horas treinta minutos del veintiséis de setiembre del dos mil tres.

III. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA, EN ESPECIAL EL ESTADO Y LOS MUNICIPIOS

1. Del Estado Central

Según las disposiciones de la Constitución Política costarricense, dentro de los distintos centros de acción de que está compuesto el Estado central, se encuentran el Presidente de la República (A), el Poder Ejecutivo (B) y el Consejo de Gobierno (C).

A. El Presidente de la República

El Presidente de la República, de elección popular cada cuatro años, posee tanto deberes y atribuciones de su exclusivo resorte[14], como otros que comparte con el Ministro del ramo[15].

En la primera hipótesis, la Presidencia de la República adopta competencias en calidad de órgano administrativo simple, mientras que la segunda lo hace, más bien, como uno de los centros de acción que compone el Poder Ejecutivo, órgano administrativo de carácter complejo desigual[16].

Además de las atribuciones que le confiere la Constitución Política, el Presidente de la República, como órgano simple, posee las definidas por el artículo 26 de la LGAP. Dentro estas facultades, destaca la de "*dirimir en vía administrativa los conflictos entre los entes descentralizados y entre éstos y la Administración Central del Estado*"[17]. Dicha facultad fue oportunamente objeto de un cuestionamiento de constitucionalidad, al estimarse que podría quebrantar la autonomía de los entes descentralizados o autónomos. La tesis no fue, sin embargo, acogida por el Tribunal Constitucional, para el cual *"no existe inconstitucionalidad alguna en la medida en que el conflicto de competencia verse sobre las atribuciones asignadas por ley al ente en cuanto a sus fines y propósitos, en relación con la obligada coordinación que debe existir con la Administración Pública central, es decir, materia de gobierno"*[18].

B. Del Poder Ejecutivo

El Poder Ejecutivo está compuesto por el Presidente de la República y el Ministro del ramo[19]. El artículo 140 constitucional detalla una larga lista de tareas a su cargo, de la cual interesa resaltar la potestad reglamentaria prevista en el inciso 3) y 18), de las cuales deriva la potestad de reglamentación ejecutiva, incluyendo la de determinar, mediante reglamentos autónomos –de servicio y organización–, la distribución interna de sus competencias y creación de centros de acción, en su caso.

[14] Se trata de las establecidas por el artículo 139 constitucional.

[15] Son las previstas por el artículo 140 de la Carta Magna.

[16] En ese sentido, ORTIZ ORTIZ, Eduardo, **Tesis de Derecho Administrativo,** Tomo II, Biblioteca Jurídica DIKE-Editorial Stradtmann, edición 2002, pág. 66.

[17] Los artículos 78 a 80 de la LGAP, regulan el procedimiento a seguir para la resolución de conflictos de competencia por parte del Presidente de la República, entre un Ministerio y una entidad descentralizada, o entre éstas.

[18] Ver Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 1948-90, de las 9:15 horas del 11 de agosto de 1993.

[19] Cabe aclarar que el Ministro actúa, también, en calidad de órgano simple. Se le reconocen, mediante el artículo 28 de la LGAP, atribuciones cuyo ejercicio le concierne "*exclusivamente*", al decir de esa misma norma, las cuales están referidas a su posición de superior jerárquico supremo del Ministerio de que se trate.

Se ha entendido que tal está sujeta a tres distintos límites: la reserva legal; el ámbito material de la potestad reglamentaria y la imposibilidad de que el Reglamento viole la Ley[20].

La potestad de autoorganización del Poder Ejecutivo carece de un sustento constitucional explícito[21], circunstancia que en nada ha afectado su legítimo ejercicio.

Además de las aludidas potestades del Poder Ejecutivo regidas por la citada norma constitucional, cabe agregar las previstas en el artículo 27 de la LGAP, dentro de las que destaca la potestad de *"...dirigir y coordinar la Administración, tanto central como, en su caso, descentralizada, del respectivo ramo..."* prevista en el primer párrafo de la norma.

Al alcanzar tal potestad de dirección del Poder Ejecutivo no sólo el Estado Central, sino además, a las entidades descentralizadas, se llegó a discutir en torno a una posible lesión de la autonomía que la Carta Política le atribuye a estas últimas. Tal cuestionamiento fue resuelto señalándose que desde la óptica constitucional, una potestad como la descrita resultaba legítima, siempre y cuando no se excedieran los límites implícitamente establecidos por la Carta Política[22].

C. Del Consejo de Gobierno

El Consejo de Gobierno es un órgano colegiado compuesto por el Presidente de la República y sus Ministros. A ese órgano, la Constitución Política le asigna funciones concretas en el artículo 147[23], a las cuales debe agregarse las previstas en el artículo 29 de la LGAP, dentro de las cuales se encuentran las relativas al ejercicio de la autotutela administrativa –resolución de recursos en vía administrativa y declaratoria de lesividad de los actos de la Administración Central–.

La misma LGAP regla los procedimientos a seguir por tal órgano colegiado, para adoptar sus decisiones en los artículos 49 a 58.

2. DE LA ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA

En cada cantón que conforma la República, una Corporación Municipal ha de administrar los intereses y servicios locales. Se habla así, de una administración descentralizada en razón del territorio (A).

Además, se dispone en la propia Carta Política, la posibilidad de conformar instituciones autónomas del Estado, las cuales gozarán de independencia administrativa y estarán sujetas en materia de gobierno a lo dispuesto por la Ley. Habrá en cada una de ellas, una especialidad funcional y servicial en razón de la materia que les resulta atribuida en su respectiva ley constitutiva (B).

A. Las Corporaciones Municipales

La República está conformada por un total de 81 cantones repartidos por todo el territorio nacional. Hay quien, con tino, ha estimado que se trata de una repartición territorial que no

[20] ORTIZ ORTIZ, Eduardo, **Tesis de Derecho Administrativo,** Tomo I, pág. 277.

[21] ORTIZ ORTIZ, Eduardo, **Tesis de Derecho Administrativo,** Tomo I, pág. 273.

[22] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No 6345-97 de las 8:33 hrs. del 6 de octubre de 1997 de la Sala Constitucional.

[23] Entre ellas, solicitar a la Asamblea Legislativa la declaratoria de estado de defensa nacional, ejercer el derecho de gracia, nombrar y remover los funcionarios diplomáticos, nombrar los directores de las instituciones autónomas, etc.

resulta eficiente para la distribución de las competencias, por involucrar muy pequeñas circunscripciones territoriales, condición que las hace en muchos casos, incapaces de contar con los recursos financieros necesarios para la mejor atención de los asuntos locales[24].

La Constitución costarricense, al igual que la generalidad de las constituciones que se han ocupado del tema, implantó un régimen municipal autónomo[25]. Tal autonomía alcanza tanto la administrativa como la de política o gobierno, consideración que se hace derivar de los términos en que se expresó el Constituyente en el artículo 170 constitucional[26].

Al respecto, la Sala Constitucional ha encontrado en tal autonomía, el fundamento de la potestad tributaria municipal[27], además ha juzgado inconstitucional una norma que atribuía la competencia a la Contraloría General de la República de designar el auditor municipal, en detrimento de la propia Corporación Municipal[28]. En contraste, no se estimó violatorio de la autonomía municipal, el sometimiento de las Municipalidades al control de legalidad en el manejo de la hacienda pública, por parte del aludido órgano contralor[29].

La definición de las materias de competencia municipal, ha sido tratada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Para ORTIZ ORTIZ, son de competencia municipal los "*i) servicios públicos; ii) policías especiales, con exclusión de la general sobre el orden, la seguridad y la tranquilidad, que es monopolio estatal; iii) planificación edilicia y urbanística; iv) administración de la zona marítimo-terrestre; v) participación en la unión educativa propia del Estado*"[30].

Por su parte, para la Sala Constitucional, son de competencia municipal las materias relativas a orden público (ver sentencias No. 2306-91; No. 1677-94 y No. 2984-94); otorgamiento de licencias, patentes y permisos (sentencias No. 530-94, No. 896-96, No. 6469-97, No.139-98 y No.1477-98); protección del medio ambiente y la salud pública (sentencias No. 5141-94, No. 941-96 y No. 726-98); planificación urbana local (sentencias No. 4857-96 y No. 423-97), control, inspección, administración y vigilancia sobre las calles, aceras, plazas, parques o caminos públicos entre otras (sentencias No. 3981-94, No. 5024-94, No. 5195-94, No. 3362-95 y No. 6464-97); el manejo de basura (sentencias No. 2001-8137, 1221-99) y policía municipal (sentencia No. 2000-3895), entre otras.

B. Las Instituciones Autónomas

La Constitución Política también define las líneas generales en que las Instituciones Autónomas asumirían su competencia especializada. Dichas instituciones forman parte del sector público estatal, aunque no así del Estado Central, como resultado, precisamente, de la autonomía que se les asegura en el texto constitucional.

Es claro, sin embargo, que la definición de los alcances de dicha autonomía, es un tema intrínsecamente convulso, lo cual queda en evidencia en la amplia jurisprudencia constitucional

[24] ORTIZ ORTIZ, Eduardo, **La Municipalidad en Costa Rica,** Madrid, 1987, pág. 37

[25] JIMÉNEZ MEZA, Manrique, Constitución Política Comentada de Costa Rica, McGraw Hill, pág. 694.

[26] JINESTA LOBO, Ernesto, **Tratado de Derecho Administrativo**, pág. 99.

[27] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 1613-91 de las catorce horas seis minutos del veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y uno.

[28] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 2934-93 de las quince horas veintisiete minutos del veintidós de junio de mil novecientos noventa y tres.

[29] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 2934-93 de las quince horas veintisiete minutos del veintidós de junio de mil novecientos noventa y tres.

[30] ORTIZ ORTIZ, Eduardo, **La Municipalidad en Costa Rica**, págs. 66 y 67

que ha debido pronunciarse al respecto. Como resultado de esos antecedentes, se han sentado las líneas generales en que han de desenvolverse las relaciones de dirección y coordinación entre el Poder Ejecutivo y las autónomas.

De esta forma, se ha entendido que resulta congruente con el Derecho de la Constitución, que las instituciones autónomas se sometan a directrices definidas por el Poder Ejecutivo, siempre que no se vulneren ciertos límites, precisamente los intrínsecos a aquellas, es decir, su abstracción y una virtualidad operativa tal que no agote la capacidad de autogobierno de las entidades autónomas a que irían dirigidas[31]. Así, la directriz del Ejecutivo debe dar al ente la oportunidad de apreciar la conveniencia u oportunidad de una concreta decisión. En suma, se ha dicho que "*...es esencial a la autonomía administrativa, que el ente pueda cumplir o incumplir las directrices por su cuenta, sin perjuicio de ser sancionados los personeros y de que los actos guarden su valor y eficacia*" (Sentencia No 3309-94 antes citada).

Las entidades autónomas, por prescripción constitucional, sólo pueden ser creadas por la Asamblea Legislativa mediante votación de mayoría calificada. Por otra parte, una vez creada una entidad autónoma, todo proyecto de ley que pueda afectar su ámbito de competencia, deberá serle consultado en el curso del procedimiento legislativo, so pena de incurrirse en un vicio formal que haría inconstitucional la norma finalmente aprobada.

Por último, cabe destacar que mientras algunas de las instituciones autónomas son de creación constitucional, como es el caso de los Bancos Estatales (art. 189 inciso 1), el Instituto Nacional de Seguros (art. 189 inciso 2); el Patronato Nacional de la Infancia (art. 55); la Caja Costarricense del Seguro Social (art. 73) y la Universidad de Costa Rica y en general, las instituciones dedicadas a la enseñanza superior universitaria del Estado (art. 84), otras lo han sido mediante disposiciones de ley que les atribuyen la atención de sectores tales como las enseñanza técnica (Instituto Nacional de Aprendizaje), la ayuda social a los sectores menos favorecidos de la población (Instituto Mixto de Ayuda Social) o bien, al sector de la vivienda y urbanismo (Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo), entre otros.

IV. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. Procedimiento Administrativo y Constitución

Dentro del sin fin de pronunciamientos de la Sala Constitucional sobre el tema, interesa resaltar la Sentencia No. 15-90 de de las dieciséis horas con cuarenta y cinco minutos del cinco de enero de mil novecientos noventa. El fallo vino a definir las formalidades esenciales que deben ser respetadas en un procedimiento administrativo por parte de la Administración, a saber, "... *a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; b) derecho de ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la*

[31] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 3309-94 de las 15:00 hrs. del 5 de julio de 1994.

cuestión de que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada". "... el derecho de defensa resguardado en el artículo 39 ibídem, no sólo rige para los procedimientos jurisdiccionales, sino también para cualquier procedimiento administrativo llevado a cabo por la administración pública; y que necesariamente debe dársele al accionante si a bien lo tiene, el derecho de ser asistido por un abogado, con el fin de que ejercite su defensa...".

Con esa fórmula, el Alto Tribunal acoge la definición del debido proceso en vía gubernativa que sentara una vieja sentencia de lo contencioso administrativo, confirmada por la antigua Sala de Casación[32] y que se inspirara en la doctrina argentina, concretamente, en la obra de Héctor Jorge ESCOLA.

Posteriormente, cientos de resoluciones de la Sala han considerado ese pronunciamiento como base para estimar o desestimar la violación del debido proceso administrativo en la vía de amparo. Sin embargo, el haz de garantías fundamentales que intervienen en el procedimiento administrativo, no se reduce a tales formalidades o garantías instrumentales.

Un reciente fallo de redacción del Magistrado JINESTA LOBO, ha venido a sistematizar con depurada técnica jurídica, la dinámica en que se desenvuelve el procedimiento administrativo desde la óptica constitucional. Se ha señalado así, que *"El Derecho a una justicia pronta y cumplida del ordinal 41 de la Constitución Política no se limita, en el Derecho Administrativo, al ámbito jurisdiccional, esto es, a los procesos que conoce la Jurisdicción Contencioso Administrativa creada en el artículo 49 del mismo cuerpo normativo supremo, sino que se proyecta y expande con fuerza, también, a la vía administrativa o gubernativa previa a la judicial, esto es, a los procedimientos administrativos. De modo y manera que es un imperativo constitucional que los procedimientos administrativos sean, igualmente, prontos, oportunos y cumplidos en aras de valores constitucionales trascendentales como la seguridad y la certeza jurídicas de los que son merecidos acreedores todos los administrados. Precisamente por lo anterior, los procedimientos administrativos se encuentran informados por una serie de principios de profunda raigambre constitucional, tales como los de prontitud y oportunidad (artículo 41 de la Constitución Política), más conocido como de celeridad o rapidez (artículos 225, párrafo 1°, y 269, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública), eficacia y eficiencia (artículos 140, inciso 8, de la Constitución Política, 4°, 225, párrafo 1°, y 269, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública), simplicidad y economía procedimentales (artículo 269, párrafo 1°, ibidem). Estos principios rectores de los procedimientos administrativos, le imponen a los entes públicos la obligación imperativa de substanciarlos dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, es decir, sin retardos graves e injustificados para evitar la frustración, la eventual extinción o la lesión grave de las situaciones jurídicas sustanciales invocadas por los administrados por el transcurso de un tiempo excesivo e irrazonable. El privilegio sustancial y posicional de las administraciones públicas, denominado autotutela declarativa y que, a la postre, constituye una pesada carga para los administrados, no debe invertirse y ser aprovechado por éstas para causarle*

[32] Sala de Casación, Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 110 de las diez horas del diecisiete de noviembre de mil novecientos setenta y ocho.

una lesión antijurídica al administrado con la prolongación innecesaria de los procedimientos administrativos"[33].

De esta forma, además de la garantía instrumental del debido proceso, el particular goza de la garantía a un derecho a un procedimiento administrativo pronto y cumplido, lo cual se ve plasmado en los aludidos principios que gobiernan el procedimiento administrativo común regido por el Libro Segundo de la LGAP.

2. Tipología y Régimen Jurídico

El mismo fallo de reciente cita explica que es posible distinguir entre los procedimientos administrativos de naturaleza *"constitutiva"* y aquellos *"de impugnación"*[34]. Entre los primeros, dejando de lado los regulados por normas dispersas por el ordenamiento, la LGAP distingue entre el ordinario y sumario.

En ambos casos, conforme a lo dispuesto por el artículo 214.1 de la LGAP, *"su objeto más importante es la verificación de la verdad real de los hechos que sirven de motivo al acto final"*. Por otra parte, sólo ocasionará nulidad de lo actuado, *"la omisión de formalidades sustanciales"*, por las cuales ha de entenderse aquellas *"cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, o cuya omisión causare indefensión"* –art.223–.

El procedimiento ordinario administrativo, se ha reservado –art. 308– para aquellos casos en que el acto final pueda causar *"perjuicio grave al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos, o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a sus derechos o intereses legítimos"*. También, es el procedimiento a seguir, cuando haya *"contradicción o concurso de interesados frente a la Administración dentro del expediente"*, esto es, para el caso de procedimientos de tipo triangular. Finalmente, es el procedimiento a aplicar, tratándose de procedimientos disciplinarios *"...cuando éstos conduzcan a la aplicación de sanciones de suspensión o destitución, o cualesquiera otras de similar gravedad"*.

El procedimiento está diseñado de forma tal que sea célere sin sacrificar las garantías instrumentales antes aludidas. Orgánicamente, corresponde a un "*órgano director*" la instrucción del procedimiento. Dicho órgano puede ser colegiado o unipersonal –art.234–.

Una vez iniciado el procedimiento, sea de oficio o a petición de parte –art.284–, se citará a las partes con un plazo de quince días hábiles de antelación –art.311– a una comparecencia oral y privada –arts. 218, 309 y 312–, en la cual la parte tendrá *"el derecho y la carga"* de *"a) ofrecer*

[33] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 2003-14690 de las trece horas con cincuenta y cuatro minutos del doce de diciembre del dos mil tres.

[34] Se dijo en el fallo: "*En materia de procedimientos administrativos, es menester distinguir entre el de naturaleza constitutiva y el de impugnación. El primero tiene como principal propósito el dictado de un acto administrativo final que resuelva el pedimento formulado por el gestionante o parte interesada —en un sentido favorable o desfavorable—, y el segundo está diseñado para conocer de la impugnación presentada contra el acto final que fue dictado en el procedimiento constitutivo —fase recursiva—. El procedimiento constitutivo puede ser, a modo de ejemplo, los procedimientos ordinario y sumario normados en la Ley General de la Administración Pública o cualquier otro especial por razón de la materia regulado en una ley específica y que sea posible encuadrarlo dentro de las excepciones contenidas en el numeral 367, párrafo 2°, de la Ley General de la Administración Pública y en los Decretos Ejecutivos números 8979–P del 28 de agosto y 9469–P del 18 de diciembre, ambos de 1978*"

su prueba; b) obtener su admisión y trámite cuando sea pertinente y relevante c) pedir confesión a la contraparte o testimonio a la Administración, preguntar y repreguntar a testigos y peritos, suyos o de la contraparte d) aclarar, ampliar o reformar su petición o defensa inicia e) proponer alternativas y sus pruebas y f) Formular conclusiones de hecho y de derecho en cuanto a la prueba y resultados de la comparecencia" –art.317–, todo lo cual deberá hacerse oralmente.

Al finalizar la audiencia, el asunto quedará listo para ser resuelto por el *"órgano competente"* –art.319–, decisión que será susceptible de los recursos administrativos respectivos, según se verá de seguido.

En el caso del procedimiento sumario, se trata del que resulta de aplicación *"cuando no se esté en los casos previstos por el artículo 308"*. En vista de tal circunstancia, las formalidades exigidas son de menor intensidad –arts. 320 a 326–.

En general, el Libro Segundo de la LGAP define los principios que rigen al procedimiento –celeridad, formalismo moderado, oficiosidad–. Se ocupa también de establecer reglas en torno a la abstención y recusación, con lo cual se procura la independencia de los órganos que intervienen en el procedimiento.

Se definen, además, las formas de comunicación de los actos, tanto el final como los de trámite, entre las que destaca la definida en el artículo 245, conforme al cual *"la notificación contendrá el texto íntegro del acto con indicación de los recursos procedentes, del órgano que los resolverá, de aquél ante el cual deban interponerse y del plazo para interponerlos"*.

En lo que a legitimación se refiere, el artículo 275 acoge una concepción amplia, al estimar legitimado a *"todo el que tenga interés legítimo o un derecho subjetivo que pueda resultar directamente afectado, lesionado o satisfecho, en virtud del acto final. El interés de la parte ha de ser actual, propio y legítimo y podrá ser moral, científico, religioso, económico o de cualquiera otra índole"*.

V. EL ACTO ADMINISTRATIVO, SU EJECUCIÒN, PRINCIPIO DE AUTOTUTELA, LOS RECURSOS EN VÌA ADMINISTRATIVA

1. GENERALIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN COSTA RICA

Como primer criterio de clasificación de los actos administrativos, el artículo 120 de la Ley alude a los actos administrativos externos e internos *"según que vayan destinados o no al administrado"*. También se alude al caso de los actos administrativos concretos y generales, *"según que vayan destinados o no a un sujeto identificado"*. Esta distinción, para la jurisprudencia contencioso administrativa, genera *"relevantes repercusiones jurídicas"* que suponen *"un régimen jurídico diferenciado"* [35].

Por otra parte, el artículo 121 establece una nomenclatura según la cual, se denominará *"decretos"* a aquellos actos de alcance general, mientras que serán *"acuerdos"*, los concretos. En el caso de los primeros, cuando tengan contenido normativo, se llamarán también *"reglamentos o*

[35] Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia No. 600-2002 de las nueve horas y quince minutos del veintiuno de junio del dos mil dos.

decretos reglamentarios". En lo que corresponde a los segundos, cuando decidan un recurso o reclamo administrativo, se les denominará *"resoluciones"*.

A los actos internos, la Ley en comentario les niega valor *"ante el Ordenamiento general del Estado en perjuicio del particular, pero no en su beneficio"* –art.122.1–, lo cual deja ver una especial distinción considerada desde la óptica de la producción de efectos en que está en capacidad el acto de generar.

Así, el acto interno sólo podrá innovar de forma positiva en la situación jurídico administrativa del particular, mientras que el externo podrá también innovar de forma negativa, sea modificando o bien extinguiendo derechos subjetivos y demás situaciones jurídico administrativas.

Interesa examinar un aspecto de especial importancia, como es la recta interpretación de lo dispuesto por las citadas normas en cuanto a los actos generales.

Como bien explica JINESTA LOBO[36], en realidad, no debe caerse en el error de entender que, vistas las aludidas disposiciones de la LGAP, el régimen jurídico a que se sujeta el reglamento[37] en el Ordenamiento Jurídico Administrativo costarricense, es idéntico al del acto administrativo.

Para acreditar su dicho, el citado autor acude a dos líneas de argumentación que este estudio comparte en un todo. La primera, se reduce a subrayar lo que la propia LGAP entendió al respecto, es decir, lo dispuesto por el artículo 6 párrafo 3, según el cual, *"En lo no dispuesto expresamente, los reglamentos estarán sujetos a las reglas y principios que regulan los actos administrativos"*. Por obvia que sea la disposición de la LGAP en comentario, interesa destacar su contenido y efectos, para un recto entendimiento del régimen jurídico del reglamento en Costa Rica.

Acto seguido, JINESTA LOBO identifica un total de once diferencias en el régimen jurídico del reglamento respecto del acto administrativo puro y simple. Entre éstas, incluye diferencias importantes en los mecanismos de impugnación –art. 10.1 a) de la LRJCA–; posibilidad de revocación, jerarquía normativa, publicidad, fines, contenido típico, efectos jurídicos, etc.

Es posible entonces señalar, sin asomo de duda, que el reglamento, como acto de aplicación general con contenido normativo, presenta múltiples peculiaridades en el tratamiento jurídico que le confiere el Ordenamiento Jurídico Administrativo costarricense, sin perjuicio de que le resulten aplicables algunas de las disposiciones de la LGAP referidas a los actos administrativos concretos, en especial, las referidas a sus vicios y nulidades.

En cuanto a los elementos del acto administrativo, el art. 129 de la LGAP señala que *"el acto debe dictarse por el órgano competente y por el servidor regularmente designado al momento de dictarlo previo cumplimiento de los trámites sustanciales y de los requisitos indispensables para el ejercicio de la competencia*". Además, se alude a la necesidad de que el acto sea una evidencia formal de la voluntad *"...libre y conciente, dirigida a producir el efecto jurídico deseado para el fin querido por el ordenamiento"* –art. 130.1–.

La mención al fin o varios fines como elemento del acto administrativo, también se plantea de forma expresa –art.131.1–. Se atribuye, sin embargo, la definición de ese fin o fines, al Ordenamiento Jurídico, sin perjuicio de que en ausencia de norma expresa, pueda inferirse de otros elementos del acto.

Se alude también al contenido, el cual se dice *"deberá ser lícito, posible, claro y preciso y abarcar todas las cuestiones de hecho y derecho surgidas del motivo..."* –art.132.1–. Se admite

[36] JINESTA LOBO, Ernesto, **Tratado de Derecho Administrativo**, Tomo I, págs. 305 a 309.

[37] Entiéndase, según la semántica de la LGAP, un decreto con contenido reglamentario.

además, la inserción discrecional de *"condiciones, términos y modos"*, imponiendo como condición de validez, que *"...sean legalmente compatibles con la parte reglada"* del acto –art.132.4–.

En cuanto al motivo, se dispone que siempre *"...deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto"* –art.133.1–. En ausencia de regulación expresa, deberá *"...ser proporcionado al contenido y cuando esté regulado en forma imprecisa deberá ser razonablemente conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento"*.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 136, la exigencia de la motivación es especialmente importante en el caso de actos ablatorios, resoluciones administrativas, aquellos que se separen de criterios seguidos en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos y los de suspensión de actos objeto de recurso.

Finalmente, para la jurisprudencia contencioso administrativa debe distinguirse entre el *"motivo"* del acto y su *"motivación"*, asignando a la primera noción un papel interno y a la segunda un papel a lo externo del acto. De esta forma, la exigencia contenida en el artículo 136 antes citado, se ha relacionado con la carga de la Administración de expresar formal y externamente, al menos de forma sucinta, los fundamentos en que sustenta su decisión[38].

La LGAP contiene también disposiciones relativas a la eficacia y ejecutoriedad del acto. Como regla de partida, conforme al artículo 140, la eficacia del acto dependerá de su comunicación al administrado, salvo en el caso de que éste derive derechos, circunstancia en la cual, los efectos se producirán desde el propio momento de su adopción.

Se establece además, producto del principio constitucional de irretroactividad, que tal eficacia será siempre hacia el futuro, salvo casos de excepción, como es el apuntado por el párrafo segundo del artículo 142, según el cual, la retroactividad en beneficio del administrado operará siempre que *"...desde la fecha señalada para el inicio de su efecto existan los motivos para su adopción, y que la retroacción no lesione derechos o intereses de terceros de buena fe"*.

SABORÍO VALVERDE[39] ha identificado, conforme al régimen jurídico costarricense, diversos supuestos en los cuales se produce el cese de la eficacia del acto administrativo. Así, distingue dos casos de cesación temporal de la eficacia del acto, a saber, cuando se decida su suspensión en vía administrativa[40] o bien, cuando ésta se decida en vía jurisdiccional[41]. Además, identifica dos supuestos en los cuales se produce la cesación de la eficacia de forma definitiva, se trata del caso en que el propio acto agota sus efectos con su emisión o cumplimiento[42] o bien, los supuestos en que se presentan causas sobrevinientes[43].

[38] Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia número 348-98 de 11 horas del 14 de octubre de 1998. En el mismo sentido, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia número 232 de las doce horas del diecisiete de julio del 2002.

[39] SABORÍO VALVERDE, Rodolfo, **Eficacia e invalidez del acto administrativo**, Editorial Alma Mater, San José, 1986, pág. 51 a 53.

[40] Se trata del supuesto previsto por el artículo 148 de la LGAP que establece que la regla según la cual, el recurso administrativo no tiene efectos suspensivos automáticos, por regla general, sin perjuicio de que, por estarse frente a la posibilidad de que se causen perjuicios graves o de imposible o difícil reparación, la autoridad que decide el recurso, decida suspender los efectos del acto impugnado.

[41] La LRJCA admite la suspensión del acto impugnado, cuando su ejecución *"hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil"* –art. 91–.

[42] SABORÍO VALVERDE, Rodolfo, **Eficacia e invalidez del acto administrativo**, pág. 53.

[43] Se trata del caso en que el acto es revocado –art. 152 y ss de la LGAP–, anulado –art.159 LGAP–, por desaparición de las causas que dieron lugar a su adopción –art. 159– o bien por renuncia del particular de los derechos derivados del acto. SABORÍO VALVERDE, Rodolfo, **Eficacia e invalidez del acto administrativo**, pág. 53.

En cuanto a la cesación de la eficacia por causas sobrevinientes, el artículo 152 de la Ley citada, establece que la revocación podrá darse *"por razones de oportunidad, conveniencia o mérito..."*, con lo cual se deja ver que se trata de un mecanismo reservado a los actos discrecionales, tal y como lo confirma luego el Art.156.1 de la misma Ley, al disponer la imposibilidad de revocar actos reglados.

La revocación de actos administrativos es competencia, tan sólo, del superior jerarca supremo del ente respectivo. Se requiere, para decidir la revocación, de un dictamen favorable de la Contraloría General de la República –art. 155.1–, aspecto éste último que fuera considerado constitucionalmente admisible por el Tribunal de la materia[44].

Además, al propio momento en que se decide la revocación de un acto discrecional del cual un particular ha derivado derechos, deberá establecerse el monto de la indemnización, *"so pena de nulidad absoluta"* –art.155.2–.

Distinto es el supuesto de la anulación del acto administrativo del cual ha derivado derechos un particular. En esos supuestos, se admite la anulación en vía administrativa por parte de la propia Administración Pública, de forma excepcional, cuando el acto esté viciado de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, previo procedimiento administrativo ordinario y dictamen favorable de la Procuraduría General de la República –art. 173 LGAP–. Se admite también, la anulación del acto en vía judicial, mediante el proceso de lesividad para el caso en el cual la nulidad no es absoluta y manifiesta –art.10 y 35 de la LRJCA–.

Tanto para el caso de la revocación como para el de la anulación de actos administrativos por parte de la propia Administración, se impone un plazo de caducidad de cuatro años –arts. 156.4 y 175 LGAP–.

En lo que a la ejecutoriedad del acto se refiere, el Derecho Administrativo costarricense sólo le confiere tal característica al acto válido o anulable, que además sea eficaz, según resulta de la relación de lo dispuesto por los artículos 146.1 y 3 y 169 de la LGAP.

Se habla así de una *"...ineficacia congénita del acto nulo"*[45], la cual a su vez ocasiona la imposibilidad jurídica, que no material, de su ejecución por parte de la propia Administración, al grado que se declara la responsabilidad solidaria de aquella y del funcionario que haga ejecutar un acto viciado de nulidad –arts. 146.1 y 3 y 170.1 de la LGAP–[46].

En caso de ser ejecutorio, la LGAP –art.149– pone a disposición de la Administración, diversos medios de ejecución administrativa, a saber:

· la ejecución forzada mediante apremio sobre el patrimonio del particular, para aquellos casos en que exista un crédito líquido de la Administración;

· la ejecución sustitutiva, para el caso de obligaciones susceptibles de ser cumplidas por un tercero y

· el cumplimiento forzoso, para el caso de que la obligación sea personalísima, de dar, hacer o tolerar o no hacer, pudiendo convertirse en daños y perjuicios según el criterio prudencial de la Administración.

[44] En ese sentido, véase Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 5120–95 de las veinte horas treinta y nueve minutos del trece de setiembre de mil novecientos noventa y cinco.

[45] ORTIZ ORTIZ, Eduardo, **La vía de hecho en Costa Rica**, en Estudios en Honor de Pedro J. Frías, Volumen X de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Junio de 1994, pág. 535.

[46] ORTIZ ORTIZ, Eduardo, **Tesis de Derecho Administrativo**, Tomo II, págs. 511 y 512.

Al respecto, se ha dicho que se trata de medios que han sido reconocidos a la Administración, como producto de la *"autotutela ejecutiva administrativa (que exime de la necesidad de acudir al auxilio judicial para que la coacción legítima pueda ponerse en servicio de la ejecución práctica de los derechos de un sujeto desconocido, resistidos o atropellados por los demás"*[47].

Resta referirse a las nulidades del acto administrativo, tema al que se dedica atención en diversos niveles del Ordenamiento Jurídico Administrativo. Así por ejemplo, conforme a lo establecido por el artículo 49 constitucional, *"la desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos"*, con lo que se deja de manifiesto el especial interés de que el acto administrativo atienda, como requisito de validez, los fines fijados por el Ordenamiento Jurídico.

La LRJCA, por su parte, alude en el artículo 1 párrafo 2, también de forma expresa, a los vicios del acto administrativo, dentro de los cuales se incluye la falta de competencia, el quebrantamiento de formalidades esenciales y la desviación de poder.

Posteriormente, la LGAP vino a desarrollar con mayor detalle tales patologías. De esta forma, el citado artículo 129 regula el vicio de incompetencia, mientras que el quebrantamiento de formalidades esenciales se regula en el artículo 223.1, por ejemplo.

Finalmente, la desviación de poder como vicio del acto administrativo, es también objeto de atención en ese cuerpo legal, tal y como resulta de lo establecido por los artículos 128 *in fine*, 130.3 y 131.3 de la LGAP.

Cabe señalar, también, que la LGAP, como bien explica SABORÍO VALVERDE, afronta el tema a partir de dos distintas categorías de infracción al Ordenamiento Jurídico, las *"...sustanciales e insustanciales"* [48]. Efectivamente, la LGAP plantea como punto de partida, que será válido el acto administrativo *"que se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico..."*. A partir de esa consideración, a *contrario sensu*, se establece que *"será inválido el acto sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico"* –art.158.2–, para plantear, sucesivamente, que las *"infracciones insustanciales no invalidará el acto"* –art.158.4–.

De esta forma, sólo las infracciones sustanciales causan, entonces, la invalidez –nulidad absoluta– del acto administrativo. Dentro de las infracciones sustanciales expresamente señaladas por la propia LGAP, se encuentran *"cualesquiera infracciones sustanciales del ordenamiento, incluso las de normas no escritas"* –art. 158.3–; la contradicción del acto a *"...las reglas técnicas y científicas de sentido unívoco y aplicación exacta"* –arts. 16.1 y 158.4–; *"... cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o juridicamente"* –art.166–; la *"omisión de formalidades sustanciales del procedimiento"* –art.223.1– y para el caso del acto discrecional, *"...cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias del caso"* –arts. 16.1 y 160–.

En suma, la invalidez del acto administrativo, conforme al artículo 165 de la LGAP, puede manifestarse sea como nulidad absoluta o como una nulidad relativa.

Con tino señala ORTIZ ORTIZ que la nulidad absoluta, en el Derecho Administrativo costarricense, *"conduce a una privación total y necesaria (jurídicamente obligatoria) de los efectos del acto que así nace intrínsecamente ineficaz"*, mientras que en el caso de la nulidad relativa, *"...se produce una privación parcial y posible (en el doble sentido de incierta y facultativa) de los efectos del acto, que así nace eficaz, pero puede dejar de serlo"*[49].

[47] GONZÁLEZ CAMACHO, Óscar, **Consideraciones prácticas en torno al proceso ejecutivo**, San José, 1995, pág. 112.
[48] SABORÍO VALVERDE, Rodolfo, **Eficacia e invalidez del acto administrativo**, pág. 83.
[49] ORTIZ ORTIZ, Eduardo, **Tesis de Derecho Administrativo,** Tomo II, pág. 520.

2. De los Recursos en Vía Administrativa

Al decir de la Sala Constitucional, los procedimientos recursivos "... *comprenden los recursos ordinarios (revocatoria, apelación y reposición) y los extraordinarios (revisión)*"[50].

Efectivamente, conforme a las reglas de la LGAP y de la LRJCA, en lo que a los recursos ordinarios administrativos se refiere, según sea la naturaleza del acto –final o de trámite– o bien, la jerarquía del órgano de que emana directamente el acto final, así corresponderá uno u otro recurso administrativo.

Por regla general, los recursos no tienen efecto suspensivo de conformidad con el artículo 140 de la LGAP.

En cuanto a los actos de mero trámite, según el artículo 345.1 de la LGAP, "... *cabrán los recursos ordinarios únicamente contra el acto que lo inicie, contra el que deniega la comparecencia oral o cualquier prueba*".

Los recursos ordinarios deberán ser interpuestos en el término de tres días, para el caso del acto final, salvo si emana directamente del superior jerarca, caso en el cual podrá interponerse en el término de dos meses –art. 31.3 LRJCA–. De tratarse de recursos en contra de actos de trámite, el término será de veinticuatro horas –art.346–.

En contra del acto final, cabe formular tan sólo un recurso, sea el de alzada o apelación, para el caso en que el acto emana del inferior –art.344.2–, o bien, el de revocatoria o reposición, cuando el acto emana del superior jerarca –arts.344.3 LGAP y 31 LRJCA–

No deberá plantearse el recurso de reposición o reconsideración, para el caso de *"actos presuntos, en virtud de silencio administrativo"* –art.32.a) LRJCA; vías de hecho –art.32 b) LRJCA en relación con el 357 LGAP– ni tampoco "*en contra de disposiciones generales*" –art.32 c) LRJCA–.

El recurso extraordinario de revisión se encuentra regulado por los artículos 353 y 354 de la LGAP. El primero regula las causales en que procede plantearlo, mientras que el segudo se refiere a los plazos en que deberá plantearse.

Finalmente, debe indicarse que el agotamiento de la vía administrativa, conforme a lo dispuesto por el artículo 31.1 de la LRJCA, *"será requisito para admitir la acción contencioso-administrativa"*, lo cual se entiende que se produce, *"cuando se haya hecho uso en tiempo y forma de todos los recursos administrativos que tuviere el negocio"*, entiéndase, recursos administrativos ordinarios –art.31.2 a) LRJCA–.

VI. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

El régimen jurídico del contrato administrativo está sustentado, en el caso costarricense, en disposiciones constitucionales potenciadas, tal vez en exceso, por la jurisprudencia constitucional en la materia.

De conformidad con lo establecido por el artículo 182 constitucional, *"Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las Municipalidades y las*

[50] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 2003-14690 de las trece horas con cincuenta y cuatro minutos del doce de diciembre del dos mil tres.

instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo". Por otra parte, conforme al artículo 183, se confía la vigilancia de la Hacienda Pública, a una *"institución auxiliar de la Asamblea Legislativa"*, es decir, la Contraloría General de la República, a la cual se asegura *"...total independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores"*. Dentro de sus deberes, dispone el artículo 184 constitucional, se encuentra *"Fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República"*.

A partir de esas disposiciones, jurisprudencialmente se ha elevado a rango constitucional, principios tales como el de la libre concurrencia; de igualdad de trato entre todos los posibles oferentes; de publicidad; de legalidad o transparencia de los procedimientos; de seguridad jurídica; formalismo de los procedimientos licitatorios; equilibrio de intereses; principio de buena fe; de la mutabilidad del contrato; de intangibilidad patrimonial y del control de los procedimientos[51].

El Alto Tribunal, además, ha identificado en la licitación un *"procedimiento de garantía" para el interés público"*, lo cual sustenta en su capacidad, en cuanto al interés del Estado, de *"conseguir mayores posibilidades de acierto en el cumplimiento del servicio público, en la calidad de la prestación que se brinda a los usuarios, y, según la naturaleza de cada caso, de las condiciones económicas, tanto definir la economía de la operación que realiza el contratista, como también el costo que implica para los usuarios"*. En cuanto al interés de los particulares, se estima que este procedimiento tiene una directa conexión con la garantía de la igualdad, *"en tanto caracterizado por el principio de publicidad que lo informa, busca garantizar a los administrados la más amplia garantia de libre concurrencia, en condiciones de absoluta igualdad.."*[52].

La contratación administrativa costarricense está regida, en lo fundamental, por la Ley de Contratación Administrativa, Ley No. 7494 de 2 de mayo de 1995 y sus reformas, así como por el Reglamento General de la Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo No. 25038-H de 6 de marzo de 1996 y reformas.

La ley optó por definir su ámbito de aplicación, mediante el criterio según el cual, *"Cuando se utilicen parcial o totalmente recursos públicos, la actividad contractual de todo otro tipo de personas físicas o jurídicas se someterá a los principios de esta Ley"* –art.1 de la LCA–.

Conforme al artículo 11 de la LCA se reconoce como potestad exorbitante de la Administración, la de *"rescindir o resolver, según corresponda, sus relaciones contractuales por motivo de incumplimiento, por causa de fuerza mayor, caso fortuito o cuando así convenga al interés público, todo con apego al debido proceso"*. Se reconoce al contratista, en esos supuestos, el derecho a ser resarcido por los daños y perjuicios que se le ocasione.

El artículo 18 define el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, para lo cual se regula el mecanismo de reajuste de precios, en especial, para el caso de contratos de obra pública, garantía que se ha vinculado al Derecho de la Constitución, en vista

[51] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 998-98 de las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

[52] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 2633-93 de las dieciséis horas tres minutos del nueve de junio de mil novecientos noventa y tres.

del carácter de garantía fundamental, que se ha reconocido al derecho de propiedad y a la intangibilidad patrimonial[53].

En cuanto al régimen jurídico del contrato administrativo, la LCA profundiza poco o muy poco. Así, conforme al artículo 32, será válido el contrato *"...sustancialmente conforme al ordenamiento jurídico"*, norma que debe relacionarse con lo establecido por el párrafo tercero, según el cual *"El régimen de nulidades de la Ley General de la Administración Pública se aplicará a la contratación administrativa"*. Esta última apreciación, hay que decirlo, deja la inquietud de si con ello se pretende trasladar las reglas de nulidad de los actos administrativos, al contrato administrativo, medida que no parece ser la más adecuada desde el punto de vista técnico jurídico, por razones obvias.

Los procedimientos de contratación, son definidos a partir de un procedimiento agravado, –la Licitación Pública– y otro con un marco de regulación relativamente más flexible, –la Licitación Privada, con dos distintos procedimientos, el de la Licitación por Registro y el de la Licitación Restringida[54]. El criterio para definir cuál es el trámite aplicable para cada caso concreto, es enteramente cuantitativo[55]. Dos son las variables a considerar: el monto del presupuesto para compra de bienes y servicios no personales de la Administración contratante y el monto de la compra.

Otro de los asuntos en que inciden esas mismas variables cuantitativas, es la admisibilidad del recurso de objeción al cartel y de apelación ante la Contraloría General de la República. Según sean los montos en juego, será competente el órgano contralor o bien, la propia Administración.

Se extraña, para finalizar, disposiciones del ordenamiento jurídico administrativo en lo que a la ejecución contractual se refiere. Lamentablemente, se trata de una materia que carece de regulación, lo cual ha obligado a acudir al derecho privado para integrar tal laguna normativa.

VII. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Se ha estimado por parte del Tribunal Constitucional que la potestad administrativa sancionatoria es una manifestación del *ius puniendi* del Estado, potestad que debe discriminarse de la atribuida a los Tribunales de Justicia en materia penal –art.153 de la CP–. Se estimó en ese sentido, que *"Dentro de las facultades propias del Estado –y de la Administración Pública en general– se encuentra la facultad sancionatoria"*, potestad en la cual discrimina la Sala una de carácter correctivo y otra de carácter disciplinario[56].

Por la primera entiende el Tribunal aquella potestad sancionatoria *"que tiene por objeto sancionar las infracciones a las ordenes o mandatos de la Administración Pública, es decir, a las*

[53] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 6432-98 de las diez horas con diez minutos del cuatro de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

[54] Al respecto, consúltese Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 998-98 de las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

[55] Véase la definición de los montos actualmente en vigencia, en http://zebra.cgr.go.cr/ifs/files/public/documentos/contratacion/docs/resolucion_2004_de_limites.doc

[56] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 1265-1995 de las quince horas treinta y seis minutos del siete de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

acciones u omisiones antijurídicas de los individuos, sean o no agentes públicos y el contenido a las normas que la regulan constituyen el derecho penal administrativo"[57], mientras que se ha caracterizado la potestad disciplinaria como aquella que *"...ejerce el Estado sobre los sujetos ligados a una relación especial de poder"*, se trata, dice la Sala, de un *"...instrumento para la eficacia del principio de jerarquía"*[58].

Se ha entendido, también, que buena parte de los principios y derechos fundamentales que rigen en materia penal[59], son de aplicación en materia sancionatoria administrativa[60].

Dentro de tales principios, se ha incluido, tanto por la doctrina[61] como por la Jurisprudencia[62], el Principio de Legalidad. Sólo se entiende legítimo el ejercicio de una potestad de sanción, cuando previamente ha sido atribuida esa facultad por una norma de rango legal.

El principio también se proyecta mediante la imposición de una absoluta reserva de ley en la definición de conductas sancionables y de las sanciones atribuibles a éstas, así como en exigencias en cuanto a la tipicidad y la garantía del *non bis in idem*[63].

Así, en cuanto a la tipicidad, se ha entendido que *"no debería existir sanción sin previa infracción, como tampoco debiera haber infracción sin la previa tipificación específica"*. Se alude en ese sentido, a una *"causalidad entre la infracción cometida y la obligada sanción"*, causalidad que sólo una norma escrita anterior a la conducta sancionable, puede establecer, esto sin perjuicio de una *"cierta elasticidad en el desenvolvimiento administrativo"* con relación a la rigidez imperante en el Derecho Penal[64].

La jurisprudencia constitucional, a propósito de la apuntada elasticidad, ha admitido tanto un desarrollo reglamentario de las disposiciones de la ley respectiva, como el recurso a conceptos jurídicos indeterminados[65], especialmente en materia disciplinaria[66].

[57] Idem.

[58] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 2000-8193 de las quince horas con cinco minutos del trece de setiembre del dos mil.

[59] Entre ellos, el "Derecho General a la Justicia", el "Derecho General a la Legalidad", el "Derecho al Juez Regular"; los "Derechos de Audiencia y Defensa", implementados mediante garantías como el derecho a la intimación, a la imputación de cargos y de audiencia; el Principio de Inocencia; el "Principio in dubio pro reo"; los "Derechos al Procedimiento", entre ellos, el de amplitud de la prueba; la legitimidad de la prueba; la inmediación de la prueba; la identidad física del juzgador; la publicidad del proceso; el impulso de oficio; la comunidad de la prueba y su valoración razonable; el "Derecho a una Sentencia Justa", traducido en las garantías del Principio Pro Sententia y de Congruencia de la Sentencia; el "Principio de Doble Instancia"; la "Eficacia formal de la Sentencia (cosa juzgada) y la "Eficacia material de la Sentencia", todos los cuales fueron caracterizados en la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 1739-1992 de las once y cuarenta y cinco horas del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

[60] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 2000-8193 de las quince horas con cinco minutos del trece de setiembre del dos mil.

[61] JIMÉNEZ MEZA, Manrique, **Justicia Constitucional y Administrativa**, San José, 1999, pág. 103.

[62] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 7203-1998 de las dieciocho horas del siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

[63] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 7203-98 de las dieciocho horas del siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

[64] JIMÉNEZ MEZA, Manrique, **Justicia Constitucional y Administrativa**, págs. 71 a 73.

[65] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 2000-8193 de las quince horas con cinco minutos del trece de setiembre del dos mil.

[66] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 2002-6514 de las catorce horas con cincuenta minutos del tres de julio del dos mil dos. En sentido similar, ver Sentencias No. 5287-93, No. 7491-94, No. 5799-96, No. 6687-96, No. 5946-97 y No. 5276-99 de la misma Sala.

En cuanto al *non bis in idem*, se ha admitido, tanto en la doctrina[67] como en la jurisprudencia[68], que debe ser considerado como un principio de clara aplicación en materia sancionatoria administrativa. Se trata de una garantía de expresa mención en la Carta Política, conforme a la cual, *"Nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible"* –art.42 CP–.

En lo que al procedimiento se refiere, al decir del Tribunal Constitucional, *"el debido proceso genera exigencias fundamentales respecto de todo proceso o procedimiento, especialmente en tratándose de los de condena, de los sancionadores en general, y aun de aquellos que desembocan en una denegación, restricción o supresión de derechos o libertades de personas privadas, o aún de las públicas en cuanto que terceros frente a la que actúa"*[69]. Tal consideración se ve satisfecha, para el aludido tribunal[70-71], por las disposiciones del Libro Segundo de la LGAP ya aludido atrás, cuyas formalidades permiten el pleno goce de las apuntadas garantías de tipo instrumental.

VIII. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Una revisión del régimen constitucional costarricense en lo contencioso administrativo, permite evidenciar que contiene, a diferencia del modelo constitucional español o italiano –que tan sólo contienen una garantía constitucional genérica relativa a la tutela judicial efectiva– y al igual que el modelo constitucional alemán, una referencia específica a la garantía constitucional de la justicia contencioso administrativa. Es decir, el Constituyente optó por reforzar las garantías ciudadanas en ese ámbito, no contento con las garantías genéricas ya establecidas en relación con la tutela judicial efectiva[72].

La norma –art. 49– fue objeto de una reforma constitucional operada mediante Ley No. 3124 de 21 de junio de 1963, ampliando el ámbito, extensión y límites de la jurisdicción, en específico, en cuanto al control de la discrecionalidad administrativa tal y como consta en la misma Exposición de Motivos[73], en el tanto la redacción original redujo el control judicial a la actividad administrativa de carácter reglado.

[67] En ese sentido, JIMÉNEZ MEZA, Manrique, **Justicia Constitucional y Administrativa**, págs. 113 a 133.

[68] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 6211-1993 de las diecisiete horas del veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y tres.

[69] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 1739-1992 de las once y cuarenta y cinco horas del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

[70] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 2000-8193 de las quince horas con cinco minutos del trece de setiembre del dos mil.

[71] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 2001-11830 de las once horas con veintidós minutos del dieciséis de noviembre del dos mil uno. En el mismo sentido, véase Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 2001-10198 de las quince horas con veintinueve minutos del diez de octubre del dos mil uno.

[72] En específico, las que derivan de los artículos 39 y 41 constitucionales.

[73] *"...al hacer uso de esa discrecionalidad puede incurrir la Administración en defectos o vicios de forma, de procedimiento o de desviación de poder, que ineludiblemente deben estar sometidos al control jurisdiccional, para que la justicia administrativa sea lo que debe ser en un Estado de Derecho como el nuestro"*. **Asamblea Legislativa**, Expediente No. 300, folio 1.

Una vez puesta en evidencia tal limitante, se propuso *"...modificar el sobredicho texto de la Constitución Política. Y al efecto se le debe dar una redacción amplia, a fin de que el legislador no encuentre obstáculos al desarrollarlo"*[74].

Entre otras reformas, se decidió eliminar la expresión "en uso de facultades regladas" *que aparecía en la norma, toda vez que* "Se afirma, según las modernas corrientes del pensamiento doctrinario, que toda la actividad del estado es reglada, por cuanto cualquier acto tiene al menos su fin reglado y que lo que existe es discrecionalidad administrativa, en la que se actúa en diversos sentidos, porque la ley señala un concepto facultativo. Esos supuestos que otorgan al órgano administrador provienen de expresa disposición jurídica y no de una libre actividad, sobre o fuera de la concepción legalista; además, determinar los límites de la discrecionalidad en la actuación administrativa, es cuestión de fondo, de procedencia y no de admisibilidad del reclamo, como erróneamente está hoy día establecido en Costa Rica. En concordancia con lo expuesto, se afirma que en todo acto, por más reglado que sea, existe un poder discrecional de mayor o menor grado; y que todos los actos dictados en uso de la discrecionalidad, por más libres que se supongan, derivan de una actividad más o menos reglada"[75].

Aprobada la reforma constitucional, al decir de ORTIZ ORTIZ, *se hizo posible la recepción en nuestro ordenamiento jurídico de los* "...principios e instituciones fundamentales del proceso administrativo español, inspirado en el francés[76]".

Con posterioridad, mediante la LGAP se introducen disposiciones dirigidas a regular el ejercicio de potestades con contenido discrecional.

Se trata de los artículos 15, 16, 158 y 160 de dicha disposición legal, de los cuales, su redactor deriva como efecto, la definición de límites al ejercicio de la potestad discrecional, a saber, la obligada "*observancia de los principios de racionalidad, de justicia y de utilidad (o conveniencia), con la presuposición o bajo el supuesto de que existen otras reglas de conducta, no jurídicas, ni decretadas, fundadas en la realidad social y natural, que vienen incorporadas a la norma y a su aplicación al caso, para hacerla posible y compatible con aquellas y con los valores y principios de un Estado de Derecho*"[77].

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ha entendido que *"La labor jurisdiccional consiste en determinar la oportunidad del acto, revisando para ello si la Administración escogió bien y adecuadamente el motivo y el contenido para la realización del fin, y que tenga las condiciones mínimas requeridas para lograrlo*", lo cual ha dado lugar, por ejemplo, a anular un acto que no estaba el fin propuesto, a partir del contenido dado por la Administración[78].

[74] **Asamblea Legislativa**, Expediente No. 300, folio 2.

[75] **Asamblea Legislativa**, Expediente Legislativo No. 300, folio 12, pág. 6 del Dictamen.

[76] ORTIZ ORTIZ, Eduardo, **Espíritu y Perspectivas de una Reforma de la Justicia Administrativa en Costa Rica**, Revista Judicial No. 49, Año XV, marzo de 1990, pág. 110.

[77] ORTIZ ORTIZ, Eduardo, **Límites y contralor de la discrecionalidad administrativa en Costa Rica,** Revista Judicial No.28, Año VIII, marzo de 1984.

[78] Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 283, de las catorce y quince horas del veintiuno de setiembre de mil novecientos noventa.

IX. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y OTROS MODOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, EN ESPECIAL, LOS ARBITRAJES

1. Del Contencioso Administrativo

Como se ha dicho, la Constitución Política costarricense contiene una referencia específica a la jurisdicción contencioso-administrativa. Es decir, el Constituyente optó por reforzar las garantías ciudadanas en ese ámbito, no contento con las garantías genéricas ya establecidas en relación con la tutela judicial efectiva[79], lo cual ha ocasionado una marcada atención doctrinal al tema[80].

El proceso contencioso administrativo costarricense está regido por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley No. 3667 de 12 de marzo de 1966, norma clonada de la Ley Española de 1956.

Se ha conformado, mediante esa legislación y la que le complementa, una única jurisdicción ubicada en la ciudad capital que conoce de todos los procesos en la materia así como los de carácter civil de hacienda.

En contraste con el contenido del examinado artículo 49 constitucional, la LRJCA vigente reduce las alternativas para el justiciable al rígido modelo de pretensiones anulatorias –de mera nulidad o plena jurisdicción–, dejando por lado las pretensiones de condena[81]. Esta situación se ha visto agravada por dos características innatas del modelo costarricense:

a. la inadmisibilidad del recurso de amparo en contra de resoluciones jurisdiccionales que contengan interpretaciones o aplicaciones inconstitucionales de normas de rango legal, como lo serían las antes citadas, lo cual ha impedido ampliar ese esquema procesal por esa vía y

b. el interiorizado temor del juez ordinario de aplicar directamente la Constitución, impidiéndose con ello, los ajustes que requiere nuestra legislación procesal administrativa, vía pretoriana.

Actualmente se debate la reforma integral del régimen vigente, la cual propone dar el paso hacia un contencioso, ya no objetivo al acto en exclusivo, sino más bien mixto, al incluirse pretensiones de condena[82].

Mediante la propuesta de reforma se decidió por ello, optar por un modelo que, inspirado en la VwGO alemana y otros aportes doctrinales[83], sin calcarles, lograra abrir alternativas al justiciable frente a la gran diversidad de situaciones fáctico-jurídicas que se presentan en la materia, entre

[79] En específico, las que derivan de los artículos 39 y 41 constitucionales.

[80] Véase, *in totum*, JINESTA LOBO, Ernesto, **La Dimensión Constitucional de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa**, Editorial Guayacán, San José, 1999, pp. 216.

[81] Esto ha hecho que como explica Ortiz Ortiz, se produzca una *"clara discrepancia entre el texto constitucional y el legal en punto al objeto de la misma jurisprudencia: el artículo 49 garantiza "la legalidad de la función administrativa", en tanto que el artículo 1.1.* –de la LRJCA– *limita aquélla a conocer de la "legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo"* Ibid.

[82] La iniciativa se tramite en el Expediente Legislativo No. 15134. Puede consultarse el texto de la propuesta de reforma en www.racsa.co.cr/asamblea/proyecto/buscar/exped12.htm

[83] GONZALEZ VARAS IBÁÑEZ, Santiago, **Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa**, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

ellas y en especial, las relativas a las omisiones de la Administración frente a las cuales se ha reconocido la inexistencia de remedios procesales bajo el actual modelo[84-85].

Se da el paso además, hacia un proceso marcadamente oral y no ya escrito como el actual.

2. Del Arbitraje y otros modos de solución de controversias

De forma lenta aunque decidida, el régimen costarricense ha dado oídos a la tendencia internacional de generar aperturas en el arreglo de diferencias de los particulares con el Estado o alguna de sus instituciones.

Como evidencia de la evolución apuntada, cabe reseñar una serie de disposiciones legales que al final de la década de los noventa, abrieron de par en par las puertas del Derecho Administrativo a la resolución alterna de conflictos, debiendo sustraer el estudio del análisis doctrina y jurisprudencial, en vista de las ya excedidas limitaciones de espacio.

A. La Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social Nº 7727 del nueve de diciembre de mil novecientos noventa y siete

Si bien existe una multiplicidad de críticas a esta ley, es lo cierto que uno de sus aportes fue ampliar el ámbito en que se admite la resolución alterna de conflictos en el Derecho Administrativo.

Esa consideración deriva del contenido de diversas de sus normas, en especial, de lo establecido en los artículos 1, 2[86] y 18 relacionados con el artículo 27 de la LGAP.

Según se resalta en el texto del artículo 2 citado al pie, cuando el legislador dispone reconocer el derecho a recurrir a los métodos alternos para la resolución de conflictos, con el objeto de solucionar sus diferencias patrimoniales, lo hace en beneficio de *"Toda persona"*, es decir, no discrimina entre personas de derecho público o privado, sino que lo admite sin distingos, en razón de lo cual, no pudiéndose distinguir donde la ley no lo hace, es claro que la habilitación incluye las personas de derecho público.

[84] Se ha dicho al respecto, *"En síntesis, (...) pareciera haber marcada sujeción de lo contencioso-administrativo latinoamericana al modelo anulatorio francés, por virtud de lo cual, ni en sentencia, ni en ejecución, es posible en L.A. condenar a la Administración a la realización de actos que han dejado de ser discrecionales en el caso (aunque lo sean en la ley) o, al menos, a la observancia de límites y determinaciones específicas en el ejercicio de discrecionalidad residual posterior al fallo anulatorio, en beneficio del fin público de la respectiva potestad administrativa y, sobre todo, de la satisfacción de las pretensiones del acto victorioso"*. ORTIZ ORTIZ, Eduardo, **Espíritu y Perspectivas de una Reforma de la Justicia Administrativa en Costa Rica**, pág. 117.

[85] Se señala en el proyecto, en su art.18.2, en relación con las pretensiones que se estiman admisibles, lo siguiente:

"2.– También será admisible:

a) contra las actuaciones de la Administración Pública;

b) contra las omisiones de naturaleza administrativa, una vez transcurrido el plazo de un mes, luego del requerimiento efectuado a la Administración Pública;

c) en lo que respecta a las relaciones jurídico-administrativas, así como de su existencia, inexistencia o contenido, y

d) para el control del ejercicio de la potestad administrativa, discrecional y reglada".

[86] Dispone el artículo 2, textualmente, lo siguiente: *"**Toda persona** tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible".*

Ahora bien, en lo que se refiere al arbitraje en concreto, es el artículo 18, párrafo último[87], en el cual se encuentra el fundamento legal expreso, para entender habilitada a la Administración Pública a someter sus litigios a este método de resolución alterna de conflictos. A esta norma debe relacionarse el artículo 27 de la LGAP[88], precisamente reformado a propósito de esta impronta legislativa.

Como puede verse con claridad, estas normas conforman en su conjunto, la base normativa exigida por el Principio de Legalidad, para que la Administración pueda someter sus litigios a arbitraje. Nótese que la cláusula general contenida en el párrafo último del artículo 18 de la LRAC, no hace distinción ni exclusión alguna de materias, razón por la cual, al no existir distinción en la ley, no podrá el intérprete introducirlas sin violar la norma legal, por indebida interpretación y aplicación.

B. La Ley de Expropiaciones No. 7495

Como muestra del decidido rumbo definido hacia la ruptura del dogma de la proscripción del arbitraje en Derecho Administrativo, el legislador costarricense quiso insistir en materias especialmente delicadas y en las cuales el conflicto de intereses entre el Estado y los ciudadanos, requiere, por su naturaleza, una pronta y justa resolución.

La potestad expropiatoria, es decir, la potestad ablatoria que más graves efectos jurídicos puede generar en vista de ir dirigida al derecho de propiedad, genera grandes conflictos al momento de ser ejercida.

Como es de esperar, la tardanza en la resolución de dichos conflictos ocasiona perjuicios tanto al particular expropiado, como a la Administración expropiante, que verá retrasada la obra pública que precisa del bien inmueble expropiado, en un todo o en parte.

En vista de esa situación, el legislador decidió incluir en la Ley bajo estudio, específicamente en su artículo 27[89], una disposición mediante la cual se habilitó a la Administración para resolver tales conflictos por la vía arbitral.

Interesa destacar de la norma en comentario, lo que ha identificado como materia arbitrable en este campo. Se ha resaltado por ello sus párrafos segundo y último, en los cuales se regulan dos distintos tipos de arbitrajes, para dos distintos objetos arbitrales.

[87] Señala dicha disposición, en lo que interesa: "....*Todo sujeto de derecho público, incluyendo el Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3), del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública*".

[88] "*Artículo 27*

1. Corresponderá a los Ministros conjuntamente con el Presidente de la República las atribuciones que les señala la Constitución y las leyes, y dirigir y coordinar la Administración, tanto central como, en su caso, descentralizada, del respectivo ramo.

2. Corresponderá a ambos también apartarse de los dictámenes vinculantes para el Poder Ejecutivo.

3. ***Corresponderá a ambos, además transar y comprometer en árbitros los asuntos del ramo".***

[89] Dice la norma, *"ARTÍCULO 27. Arbitraje. En cualquier etapa de los procedimientos, las partes podrán someter a arbitraje sus diferencias, de conformidad con las regulaciones legales y los instrumentos vigentes del derecho internacional.* ***Cuando la diferencia verse sobre la determinación del precio justo y el diferendo se rija por la legislación procesal costarricense, el arbitraje será de peritos y los gastos correrán por cuenta del ente expropiador.***

Los peritos deberán ajustarse a los criterios de valoración establecidos en el artículo 22 y a los honorarios indicados en el artículo 37, ambos de esta Ley.

Cuando se recurra a mecanismos de arbitraje estipulados en instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica, se estará a las regulaciones allí contenidas.

Si la diferencia versa sobre la naturaleza, el contenido, la extensión o las características del derecho o bien por expropiar, la discrepancia se resolverá antes de determinar el justo precio, mediante un arbitraje de derecho, con los gastos a cargo de ambas partes".

Como se ve, la norma entiende autorizada la posibilidad de que sea discutida en la vía arbitral, no sólo la determinación del justiprecio, como sería admitido por una tesis restrictiva, sino que además se estima posible, que si "*la diferencia versa sobre la naturaleza, el contenido, la extensión o las características del derecho o bien por expropiar*" ésta sea resuelta mediante un arbitraje de derecho, dándosele un carácter preclusivo a dicha discusión, en relación con la que pueda sobrevenir en cuanto al justiprecio de la expropiación.

Más claro: se admite sin límites la posibilidad de someter a arbitraje la legalidad del ejercicio de la potestad de expropiación y no tan sólo su justiprecio, lo cual supone un paso agigantado en procura de la apertura de alternativas instrumentales para el particular expropiado.

C. La Ley de la Contratación Administrativa Nº 7494 del dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco

La materia contractual ha sido, tal vez, el campo del Derecho Administrativo en el cual, con más intensidad y amplitud, se ha admitido la resolución arbitral de los conflictos entre la Administración contratante y el particular contratista.

Desgraciadamente, la LCA en realidad se quedó corta en la previsión de esta alternativa de resolución de conflictos, siendo que es tan sólo en la fase de recibo de obra en la cual incluyó una previsión expresa del arbitraje como medio de resolución de conflictos[90].

Esta limitante, sin embargo, cabe entender que queda de lado al considerar los términos del antes referido artículo 18 párrafo último de la LRAC, siendo que se trata de la cláusula general que admite, sin otras restricciones que las del mismo derecho común, la posibilidad del arbitraje en todo litigio en que sea parte algún sujeto de Derecho Público.

D. La Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos Nº 7762 del c catorce de abril de mil novecientos noventa y ocho y su reglamento

Uno de los aspectos que ha influenciado en la promoción de mecanismos de resolución alterna de los conflictos en Derecho Administrativo, es, sin duda, el modelo de Estado y de Economía que los flujos económicos internacionales han ido desplegando en los distintos países del planeta.

La Inversión Extranjera Directa y los modelos contractuales de delegación de servicios públicos con obras públicas, han ido reafirmando que el interés público puede resultar satisfactoriamente garantizado, mediante la intervención del particular en el desarrollo de infraestructuras públicas.

El modelo de la concesión de obra pública regido en nuestro medio por la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, es la expresión autóctona de este proceso de transformación.

[90] Dispone el artículo 61 de la LCA, lo siguiente: "*Artículo 61 Recibo de la Obra.- La Administración recibirá oficialmente las obras, después de contar con los estudios técnicos que acrediten el cumplimiento de los términos de la contratación, lo cual hará constar en el expediente respectivo, sin perjuicio de las responsabilidades correspondientes a las partes, sus funcionarios o empleados, o a las empresas consultoras o inspectoras. El recibo de la obra se acreditará en un acta firmada por el responsable de la Administración y el contratista, en la cual se consignaran todas las circunstancias pertinentes.* ***En caso de discrepar sobre las condiciones de la obra, la Administración podrá recibirla bajo protesta y así lo consignará en el acta de recibo. La discrepancia podrá resolverse mediante arbitraje, de conformidad con las regulaciones legales*** *y los instrumentos de derecho internacional vigentes, sin perjuicio de las acciones legales que procedan*".

Interesa destacar de dicha legislación, lo señalado por el artículo 4[91], norma que viene a establecer la obligada consideración en el cartel, de una cláusula arbitral.

Por su parte, el artículo 39[92] de la misma ley, ratifica tal mecanismo de resolución de conflictos, al estimar que se trata de una cláusula a considerar en el contrato que habrán de suscribir las partes.

Debe resaltarse de las dos normas, la expresa admisión del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos, autorización que es abierta y no restrictiva en cuanto a la materia arbitrable.

Ahora bien, es preciso hacer ver una inconsistencia en la regulación. Como se ve, el artículo 4 indica, textualmente, que "*El cartel del concurso **deberá** autorizar la vía del arbitraje como solución alterna a los tribunales de justicia*", mientras que, por su parte, el artículo 39 *ibídem* establece que "*En el contrato **podrán** fijarse cláusulas de resolución alterna de conflictos*".

Como se ve, la acogida, al menos de parte del legislador, de la vía arbitral para la resolución de conflictos, ha sido contundente. Queda ahora la tarea a la jurisprudencia de confirmar esa vía, mediante pronunciamientos que vengan a ratificar la amplitud con que se ha querido introducir este mecanismo alterno de solución de conflictos.

X. OTRAS TÉCNICAS DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN

Al margen de los controles de tipo judicial que recaen sobre la actividad administrativa, se reconoce en el medio costarricense, otros controles, específicamente, el control político, asignado al Poder Legislativo (1), el control de la Hacienda Pública en el cual es competente un órgano de relevancia constitucional y auxiliar de la Asamblea Legislativa (2), así como un control de legalidad ejercido mediante la modalidad de la magistratura de influencia, por medio de otro auxiliar de la Asamblea Legislativa, la Defensoría de los Habitantes (3).

1. DEL CONTROL POLÍTICO

La Constitución Política determina en su artículo 121 inciso 23), como una de las funciones del Poder Legislativo, la conformación de *"Comisiones en su seno para que investiguen cualquier asunto que la Asamblea les encomiende..."*. Dispone la norma además, que tales comisiones tendrán *"...libre acceso a todas las dependencias oficiales para realizar las investigaciones*

[91] Se dispone al efecto: *"Artículo 4.– Normas Aplicables. 1.– Las concesiones referidas en esta ley se regirán por lo siguiente: a) La presente ley y su reglamento. b) El cartel de la licitación y sus circulares aclaratorias. c) La oferta del adjudicatario, aprobada en el poceso de evaluación. d) El contrato de concesión. 2. La legislación costarricense será aplicable a toda relación jurídica originada con fundamento en la presente ley. Asimismo, los tribunales nacionales serán los únicos competentes para conocer de las situaciones jurídicas derivadas de las concesiones y dirimir los conflictos que puedan surgir durante la vigencia de los contratos.* ***El cartel del concurso deberá autorizar la vía del arbitraje como solución alterna a los tribunales de justicia***".

[92] Señala la norma: *"Artículo 39 Cláusula Arbitral En el contrato podrán fijarse cláusulas de resolución alterna de conflictos para resolver controversias o diferencias producidas con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o surgidas de su ejecución. Esta cláusula se regirá por la legislación vigente sobre la materia"*.

y recabar los datos que juzguen necesarios. Podrán recibir toda clase de pruebas y hacer comparecer ante sí a cualquier persona, con el objeto de interrogarla...".

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha debido pronunciarse al respecto en diversas ocasiones. Así, se ha señalado que dicho control está sometido a tres distintas limitaciones: i) se trata de un control político del cual está excluido todo sujeto de derecho privado; ii) en el ejercicio del control político, las comisiones legislativas no podrán invadir ni entorpecer la función jurisdiccional, de modo que no pueden erigirse como tribunales especiales y finalmente, iii) el ejercicio de las potestades de investigación y fiscalización legislativa no puede, en modo alguno, debilitar los derechos y libertades fundamentales[93].

Se ha establecido además, que la función primordial del control político, se relaciona con el esclarecimiento de determinados hechos, lo cual podría finalmente redundar en simples recomendaciones y no sanciones en sentido jurídico[94]. Se busca mediante tales recomendaciones, al decir del Tribunal constitucional, *"...orientar acciones futuras en la materia de que se trate, pero son apenas aspiraciones de un cuerpo político, que, por su misma condición, incluso pueden no llegar a cristalizar dentro de su propio seno"*[95].

2. Del control de la Hacienda Pública

De conformidad con lo establecido por el artículo 183 constitucional, la Contraloría General de la República *"es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública; pero tiene absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores".*

Se trata, como se ve, de un órgano y no un ente que aunque auxilia a la Asamblea Legislativa, no depende de ésta, al definir la propia Constitución, un alto grado de independencia –tanto funcional como administrativa–.

Según dispone el artículo 184 constitucional, dentro de los deberes y atribuciones de la Contraloría, se encuentran la fiscalización y liquidación de presupuestos ordinarios y extraordinarios y aprobar o improbar los presupuestos de los gobiernos locales y entidades autónomas, cuya ejecución y liquidación queda bajo su vigilancia.

Conforme a su ley orgánica[96], la Contraloría asume el papel del control superior de la Hacienda Pública y rector del sistema de fiscalización., para lo cual se le ha investido de potestades de diversa naturaleza, entre ellas, la del control de eficiencia –art.17–, control presupuestario –art.18–; aprobación de actos y contratos –art. 20–; de realizar auditoría –art.21–; de investigación –art. 22–; reglamentaria –art. 23–; dirección en materia de fiscalización –art.24–; control de ingresos y exoneraciones –art.25–; fiscalización de auditorías internas; declaración de nulidad de actos o contratos administrativos –art,28–; consultiva –art.29–, entre otras.

[93] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 1618-91 de las catorce horas y dieciséis minutos del veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y uno.

[94] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 1953-97 de las quince horas seis minutos del ocho de abril de mil novecientos noventa y siete.

[95] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 1322-91, de las ocho horas cincuenta y ocho minutos del diez de julio de mil novecientos noventa y uno.

[96] Ley No. 7428 del 7 de setiembre de 1994.

Además, la Ley de Contratación Administrativa[97], además, le reconoce a la Contraloría la potestad de resolver los recursos de objeción al cartel y de apelación en materia de contratación administrativa, siguiendo un criterio cuantitativo –resultante de dos criterios: monto del presupuesto de compras de bienes y servicios y monto de la licitación–, caso en el cual asume el papel de superior jerarca impropio de la Administración activa que agota la vía administrativa.

3. La Defensoría de los Habitantes. Una magistratura de influencia

Mediante la Ley No. 7319 de 17 de noviembre de 1992, se crea la Defensoría de los Habitantes, a la cual se atribuye una serie de potestades sobre el sector público del Estado costarricense. Se busca así verificar que su actuación se ajuste a la moral, la justicia y el ordenamiento jurídico (art. 1).

Según lo dispone el artículo 12 de dicha Ley, dentro de las potestades de la Defensoría de los Habitantes se encuentra la de "*iniciar, de oficio o a petición de parte, cualquier investigación que conduzca al esclarecimiento de las actuaciones materiales, de los actos u omisiones de la actividad administrativa del sector público*".

En cuanto al papel de la Defensoría, la Sala Constitucional[98] ha entendido que le corresponde tutelar los intereses de los habitantes de la República, lo cual no le permite, sin embargo, evaluar la oportunidad de las decisiones de la administración activa.

Los medios con los cuales cuenta la Defensoría para cumplir con tal tarea tutelar, consisten en su potestad de control del poder del Estado en función de la defensa de los derechos de los habitantes. Esto no implica que en ejercicio de ese control, pueda llegar a anular actos administrativos o declarar la ilegalidad de omisiones de la Administración activa.

El resultado concreto de esa labor de control de la actividad administrativa, se manifiesta, más bien, mediante el dictado de recomendaciones, a las cuales el Tribunal Constitucional les ha negado reiteradamente[99], como el propio legislador lo hizo también, carácter vinculante.

Se ha estimado así que las recomendaciones tienen el peso que la opinión pública les otorgue, reduciéndose la sanción al jerarca respectivo, en caso de su inobservancia, a la censura política o social que sea del caso.

En ese marco, conviene aludir al párrafo 3 del artículo 14 de la Ley de creación de la Defensoría, norma según al cual, "*3.– El no acatamiento injustificado de las recomendaciones de la Defensoría de los Habitantes de la República, puede ser objeto de una amonestación para el funcionario que las incumpla o, en caso de incumplimiento reiterado, de una recomendación de suspensión o despido, sin perjuicio de lo señalado en el párrafo segundo de este artículo*".

Para el Tribunal Contencioso-Administrativo, Sección Primera, esta norma da base para señalar que, "*Ciertamente los actos de la Defensoría no son actos de imperio. Sus decisiones aunque no vinculantes, tienen efecto disciplinario sobre el servidor público no jerarca*"[100].

[97] Ley No. 7494 del 2 de mayo de 1995.

[98] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 7730-2000 de las catorce horas con cuarenta y siete minutos del treinta de agosto de 2000.

[99] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 4079-1995 de las diez horas con cincuenta y siete minutos del veintiuno de julio de 1995. En el mismo sentido, véase la Sentencia No. 4078-95 de las diez horas con cincuenta y cuatro minutos del veintiuno de julio de 1995.

[100] Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia No. 289-2001 de dieciséis horas del doce de setiembre de 2001.

XI. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Corresponde a la doctrina, en concreto a don Eduardo Ortiz Ortiz, el haberse cuestionado antes que la jurisprudencia, las bases constitucionales de la responsabilidad administrativa.

Así, a nivel constitucional encontró dicho autor una consagración expresa y tácita[101]. Al definirse a nivel constitucional –art. 9 CP– al gobierno de la República como un gobierno popular, representativo, alternativo y responsable, entendió el autor que dicha norma *"claramente sienta como directa la responsabilidad patrimonial del Estado"*[102].

El tema no había sido objeto de atención del Tribunal Constitucional costarricense, al menos de forma expresa y vertical, sino hasta fecha reciente, en que mediante la Sentencia No. 2004-05207 de las catorce horas con cincuenta y cinco minutos del dieciocho de mayo del dos mil cuatro redactada por la Magistrado Jinesta Lobo, se examinó una demanda de inconstitucionalidad en contra de una norma legal que exoneraba, objetivamente, de toda responsabilidad al prestatario del servicio público de agua potable, en caso de la prestación defectuosa o insuficiente de dicho servicio. A propósito de esa impugnación, la Sala Constitucional construyó la noción del Principio Constitucional de la Responsabilidad Administrativa[103-104].

A nivel legal, el ánimo codificador de la LGAP hizo que se incluyera en su articulado, la temática de la responsabilidad administrativa, la cual vino a regular partiendo de una concepción que ahora puede decirse, resultó en líneas generales, congruente con el parámetro de constitucionalidad definido en el fallo que viene de citarse.

[101] En cuanto a la tácita, se trata de la construida a partir de una interpretación sistemática de los artículos 11 –Principio de Legalidad–; 45 –Inviolabilidad de la Propiedad Privada– y 46 –Libertad de Empresa–, *"conjunto de normas que viene rematado por el artículo 41, que garantiza que "ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación conforme a ellas de todos los daños o injurias inferidas por el Estado a la persona, a su propiedad o a sus intereses morales", imponiendo así al legislador tutelar la integridad patrimonial, personal y espiritual del individuo, ante cualquiera"*. ORTIZ ORTIZ, Eduardo, **Tesis de Derecho Administrativo**, Tomo III, págs. 274 y 275.

[102] ORTIZ ORTIZ, Eduardo, **Tesis de Derecho Administrativo**, Tomo III, Editorial Stradtmann- Biblioteca Jurídica Dikć, edición 2002, pág. 273.

[103] Para la Sala, a diferencia de lo indicado por Ortiz Ortiz, la Constitución no consagra explícitamente el principio de responsabilidad patrimonial de la administración pública, aunque si se encuentra implícitamente contenido en el Derecho de la Constitución, *"siendo que puede ser inferido a partir de una interpretación sistemática y contextual de varios preceptos, principios y valores constitucionales"*. Se refiere el fallo a las disposiciones de los artículos 9 párrafo 1°, el 11, 34, 41, 45, 49 párrafo 1°, párrafo final del 50, 148, 188. Se alude además, complementariamente, a la *"consagración constitucional del principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas (artículos 18 y 33) que impide imponerle a los administrados una carga o sacrificio singular o especial que no tienen el deber de soportar y el principio de la solidaridad social (artículo 74), de acuerdo con el cual si la función administrativa es ejercida y desplegada en beneficio de la colectividad, es ésta la que debe soportar las lesiones antijurídicas causadas a uno o varios administrados e injustamente soportadas por éstos"*

[104] Interesa resaltar del aludido fallo, el calificativo de *"pieza clave y esencial del Estado social y democrático de Derecho"* que se le da al Principio de Responsabilidad Administrativa, calificativo que se sustenta en *"los fines a los que propende un régimen de responsabilidad administrativa"*. Entre los fines que resalta el fallo, se encuentra el de *"servir de control o garantía para las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados"*, así como la de asumir la tarea, junto con la jurisdicción contencioso administrativa, de defender *"a los administrados frente a las prerrogativas y privilegios formales y materiales con que la propia Constitución provee a los entes públicos para el cumplimiento de sus cometidos"*. A propósito de tal finalidad, el fallo se adentra en la definición al legislador de un valladar en adelante insalvable, a saber: la normativa infralegal en materia de responsabilidad administrativa debe *"adecuarse al parámetro constitucional de una responsabilidad administrativa objetiva y directa, estándole vedado establecer conductas administrativas exentas o inmunes a éste y menoscabando los derechos fundamentales resarcitorio y al buen funcionamiento de los servicios públicos de los que son titulares todos los administrados"*.

Como explicara oportunamente su principal redactor, el articulado de la LGAP en esta materia, se inspiró en gran medida, en la Ley de Expropiación Forzosa de España de 16 de diciembre de 1954[105].

Así las cosas, el resultado final de tal regulación, dio pie para que tanto en la Jurisprudencia[106], la doctrina[107], como en los antecedentes administrativos de tipo consultivo de la Procuraduría General de la República[108], se haya entendido que conforme al régimen de responsabilidad administrativa definido por la LGAP, la responsabilidad del Estado y sus instituciones, es objetiva y directa[109].

Esto hace que la culpa grave o dolo en la conducta del funcionario que instrumenta la conducta administrativa, sólo tiene interés que se evalúe, para acreditar su responsabilidad personal y solidaria, según lo establece el artículo 199.1 *ibídem* en relación con los artículos 211 al 213 y lo ha entendido la jurisprudencia[110].

Por otra parte, es preciso señalar que la responsabilidad administrativa, según dispone la Ley de cita, puede originarse en el *"...funcionamiento legítimo o ilegítimo"* o bien, en el funcionario *"normal o anormal"*[111] de la Administración, siendo únicamente causas de exculpación, la "... *fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero"* –art.190.1–, en el tanto rompen la relación de causalidad exigible entre la conducta administrativa y la lesión irrogada.

[105] ORTIZ ORTIZ, Eduardo, **Tesis de Derecho Administrativo**, Tomo III, pág. 271.

[106] Entre otras, véase la Sentencia No. 81 de 1984 la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, reiterada por la misma Sala, en diversos fallos, entre ellos, el No. 132 de las quince horas del catorce de agosto de 1991 y el No. 113 de las dieciséis horas del once de octubre de 1995.

[107] Como explica Ortiz Ortiz, antes de la vigencia de la LGAP, *"...la jurisprudencia y la ley de CR regulaban como indirecta la responsabilidad del Estado, pues contemplaban y hacian efectiva también la del servidor público autor del daño (...) Esto fue rectificado por los artículos 194.3, 199.4 y 201 de la LGAP..."*. ORTIZ ORTIZ, Eduardo, **Tesis de Derecho Administrativo**, Tomo III, pág. 278. En cuanto a la naturaleza objetiva de la responsabilidad administrativa, el mismo autor señaló: *"Con el advenimiento de la responsabilidad objetiva, por acto legítimo o funcionamiento normal de la Administración, que crea la LGAP, ha cesado la importancia del caso fortuito como causa de exoneración de la responsabilidad civil de la Administración, pues en tal régimen la culpabilidad del autor es también irrelevante o innecesaria. Sólo exonera la ausencia de un vínculo de causalidad entre el daño y la conducta del accionado o eventual responsable"*. ORTIZ ORTIZ, Eduardo, **Tesis de Derecho Administrativo**, Tomo III, pág. 296.

[108] Entre otros, véase el dictamen C-059-93 de 3 de mayo de 1993.

[109] Desde este punto de vista, como lo ha estimado la Jurisprudencia, *"Para que surja el deber de indemnizar deben darse tres elementos, a saber, la existencia de un daño o lesión (que debe ser cierto, real y efectivo –no meramente eventual o hipotético–, y evaluable en dinero), una actuación u omisión de una autoridad pública y un nexo causal entre ambas, de forma que el daño causado le sea imputable al Estado..."*. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia No. 449-2003 de las quince horas del doce de setiembre del dos mil tres.

[110] En ese sentido, Tribunal Contencioso Administrativa, Sección Segunda, Sentencia No. 30-2004 de las trece horas y treinta minutos del veintiséis de abril de dos mil cuatro.

[111] Para la Procuraduría General de la República, *"...los conceptos de normalidad y anormalidad hacen referencia a los estándares de calidad que se exijan en un determinado momento histórico y tendrán que analizarse de acuerdo con una específica realidad social. Se trata entonces de conceptos jurídicos indeterminados que para su concreción se necesitará recurrir a la legalidad técnica, es decir, a criterios estadísticos, históricos, científicos y reglas de la experiencia. Es importante rescatar también que dentro del concepto de anormalidad –siguiendo la doctrina antes citada– se encuentran comprendidas aquellas situaciones en que el servicio ha funcionado mal, no ha funcionado o ha funcionado deficientemente, cubriendo estos dos últimos supuestos lo que es la inactividad de la Administración por omisión, o sea, cuando existiendo un deber funcional de actuar o una necesidad de diligencia funcional, no se actúa causándose un daño. Consecuentemente, cuando el numeral 190 determina que la Administración responde por funcionamiento normal o anormal está incluida la posibilidad de hacerla responsable por inactividad administrativa, siempre que conforme al ordenamiento jurídico exista un deber funcional de actuar o el cumplimiento de una conducta debida"*. Dictamen C-052-1999, de 16 de marzo de 1999.

En lo que a las reglas de responsabilidad por conducta ilícita se refiere, es el artículo 191 de la Ley, el que viene a establecer el deber de la Administración de reparar *"...todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por faltas de sus servidores cometidas en el desempeño de los deberes del cargo o con ocasión del mismo, utilizando las oportunidades o medios que ofrece, aún cuando sea para fines o actividades o actos extraños a dicha misión"*.

Como se deja en evidencia, la norma alude a la "falta" como el agente lesivo, lo cual permite entender que dicha falta podrá provenir de una conducta administrativa del tipo activo u omisivo, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia y la misma Procuraduría General de la República[112].

A diferencia de lo ocurrido con la responsabilidad por actuación legítima, la indemnización exigible al Estado derivada de una conducta ilegítima, alcanza tanto los daños como los perjuicios[113].

Efectivamente, el régimen de la responsabilidad por conducta lícita y normal del Estado, conforme al artículo 194.1, presenta variables respecto del regulado para el caso de la conducta ilícita.

Como se adelantó, en el caso de la responsabilidad por conducta lícita, conforme al artículo 194.2 de la LGAP, *"...la indemnización deberá cubrir el valor de los daños al momento de su pago, pero no el lucro cesante"*.

Por otra parte, la responsabilidad administrativa por actos lícitos y por funcionamiento normal, será exigible siempre que *"...causen daño a los derechos del administrado en forma especial, por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión"*. Es decir, conforme a esta disposición, en estos casos, la responsabilidad administrativa resulta exigible en aquellos supuestos en que se genere una lesión a una pequeña proporción de afectados –"*especialidad del daño*"– y cuando la lesión presenta una excepcional intensidad –"*anormalidad del daño*"–.

Esta circunstancia fue justificada por su redactor, en consideraciones relacionadas con la solvencia financiera del Estado, no así en consideraciones del tipo dogmático[114] en lo que a la especialidad del daño se refiere, tesis que sería oportuno revisar, a propósito de los términos de la citada sentencia de la Sala Constitucional, No. 2004-05207.

La anormalidad del daño, para Ortiz Ortiz, se produce siempre que *"... implique un trato desigual frente al resto de los consociados que se encuentren en situaciones de hecho y jurídica sustancialmente iguales; y esa desigualdad sólos se dará cuando el daño sufrido exceda claramente del nivel de sacrificio que debe soportar todo ciudadano en esa situación, en aras de la solidaridad social"*[115].

Con referencia a este mismo tema, uno de los supuestos previstos por el párrafo tercero de la misma norma, es el de la responsabilidad por daños causados por una ley formal –art.194.3–, el cual ha sido objeto de atención de parte de la Jurisprudencia. Interesa destacar, en ese sentido, lo dispuesto en la Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia No.108-91 de las 14:15 horas del 3 de julio de 1991, en que se declaró la obligación de indemnizar *"los daños y perjuicios cuando se ejerce"* la potestad de legislar. Cabe destacar que, al menos en ese caso, la indemnización fue plenaria, es decir, no se limitó a reconocer los daños irrogados, sino que además

[112] En ese sentido, véase el citado Dictamen C-052-1999.

[113] Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 435-F-03 de las diez horas del veintitrés de julio del dos mil tres.

[114] ORTIZ ORTIZ, Eduardo, **Tesis de Derecho Administrativo**, Tomo III, págs. 285 y 286.

[115] ORTIZ ORTIZ, Eduardo, **Expropiación y Responsabilidad Públicas**, San José, 1996, pág. 74.

se reconocieron los perjuicios, lo cual, podría pensarse, obedeció a que los hechos son anteriores a la vigencia de la LGAP, si bien el juzgamiento se produjo estando ya en plena vigencia.

La misma tesis fue esgrimida por la Sala Constitucional, por ejemplo, al estimar que en aquellos casos en que por medio de un Tratado internacional, se reconoce inmunidad jurisdiccional a una determinada organización de esa misma índole[116].

En lo que se refiere a los presupuestos que han de presentarse para estimar exigible la responsabilidad administrativa con ocasión de la abrogación de disposiciones legales, se ha establecido que *"...la reparación civil por acto legislativo está sujeta a que el reclamante tenga un derecho consolidado, real o personal, y no una mera expectativa de derecho"*[117]. Es decir, de acuerdo con esta tesis jurisprudencial, para entender exigible una indemnización por actividad legislativa, el daño ocasionado debe consistir en la afectación –causal– de una situación jurídica consolidada, de modo que pueda decirse que el daño es cierto, real y efectivo. Se excluye así, aparentemente, la hipótesis de la indemnización por daño a un interés legítimo, que admite el artículo 195 *contrario sensu* de la LGAP, según se verá de seguido.

Precisamente, el artículo 195 de la LGAP excluye la responsabilidad cuando *"...causen un daño especial en los anteriores términos, cuando el interés lesionado no sea legítimo o sea contrario al orden público, a la moral o a las buenas costumbres, aún si dicho interés no estaba expresamente prohibido antes o en el momento del hecho dañoso"*.

Dos comentarios cabe formular. El primero, se refiere a la interpretación que, *contrario sensu*, es posible plantear: será indemnizable, entonces, aquel *"daño especial"* que se ocasione a todo interés que sea legítimo[118].

Por otra parte, cabe resaltar que la norma releva de responsabilidad a la Administración, en caso de lesión a un interés ilegítimo, lo cual ha sido considerado por la jurisprudencia, al momento de rechazar pretensiones de indemnización basadas, ya sea en una intención de beneficiarse de un incentivo laboral no autorizado por el Ordenamiento[119], o bien, por pretenderse la nulidad de un acto que resultó ser legítimo[120].

Por último cabe señalar que conforme a la reforma del artículo 198 de la LGAP operada mediante Ley No. 7611 del 28 de julio de 1996, el ejercicio del derecho para reclamar la responsabilidad de la Administración, está sujeto a un plazo de prescripción de cuatro años "*contados a partir del hecho que motiva la responsabilidad*". Cabe subrayar, por los efectos jurídico de tal circunstancia, que el regulado, es un plazo de prescripción, que no de caducidad.

XII. EL SERVICIO PÚBLICO Y LOS MERCADOS DE INTERÉS GENERAL

La temática de los servicios públicos en Costa Rica, debe encuadrarse, preliminarmente, a partir de la consideración de algunos aspectos de orden general, entre ellos, su tratamiento

[116] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 141-94 de las catorce horas cincuenta y cuatro minutos del once de enero mil novecientos noventa y cuatro.

[117] En ese sentido, véase Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 54 de 12 de julio de 1989.

[118] Procuraduría General de la República, Dictamen C-081-98 de 5 de abril de 1998.

[119] Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 806-F-03 de las quince horas cinco minutos del veintiocho de noviembre de dos mil tres.

[120] Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia No.130-2000 de las diez horas quince minutos del doce de mayo del dos mil.

constitucional y la regulación legal que de este instituto se hace a nivel general, para luego evaluar el régimen de los más representativos "mercados de interés general"[121], como son la energía eléctrica, las telecomunicaciones, caracterización que, como se verá, podría no ser la más adecuada en vista de la realidad de estos mercados en Costa Rica en la cual aún pervive la presencia protagónica del Estado.

1. GENERALIDADES

En el marco constitucional, son pocas las disposiciones que se refieren al servicio público. Entre ellas, destaca el último párrafo del artículo 46 incluido por reforma constitucional operada mediante la Ley No. 7607, en el cual se plantea una enumeración de derechos del "*usuario*" y del "*consumidor*", con lo cual se alude, en su orden, a las relaciones de servicios públicos[122] y de consumo de bienes y servicios en el mercado privado.

La Sala Constitucional, aún prescindiendo de lo dispuesto por esa norma, ha entendido, en un fallo ya citado a propósito de la responsabilidad administrativa, es decir, el No. 2004-5207, que existe un *"derecho fundamental innominado al buen y eficiente funcionamiento de los servicios públicos, con elevados estándares de calidad"*. El citado tribunal infiere tal derecho fundamental, "... *a contrario sensu, de los supracitados artículos 140, inciso 8°, 139, inciso 4° y 191 constitucionales*".

De esta forma, desde la propia Constitución, es posible encontrar como punto de partida, la definición de una garantía fundamental, aún sea "atípica e innominada", conforme a la cual, el usuario ha sido investido de derechos fundamentales con el ánimo de equilibrar una relación tendencialmente desequilibrada, en la cual suele ser la parte débil.

Ahora bien, cabe cuestionarse ¿cómo se puede establecer, en el régimen jurídico costarricense, cuándo se está o no frente a un servicio público?

El tema ha sido objeto de cuestionamiento de parte de la Procuraduría General de la República en diversas ocasiones. Para ese órgano superior consultivo de la Administración Pública, uno de los criterios fundamentales para definir una determinada actividad como servicio público, es su "*publicatio*". Es decir, será servicio público aquella actividad que ha sido incorporada al quehacer del Estado y excluida entonces del mercado privado, de modo que, cuando el Estado no lo asume directamente, sólo podrá prestarse el servicio mediante una concesión otorgada por la entidad administrativa competente[123].

Por otra parte, tal actividad debe ser de interés general, visto su carácter esencial y su capacidad de satisfacer necesidades colectivas[124].

[121] La expresión es de GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, **Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes**, Granada, 2001, págs. 1 a 10.

[122] Se ha dicho sobre el tema que *"La reforma que adicionó un nuevo párrafo al art. En estudio, amplía el alcance de sus efectos, al incorporar dentro de ese marco garantista, la figura del consumidor –relaciones de consumo– y del usuario –relaciones de servicio público–..."*. ECHANDI GURDIÁN, María Lourdes, **Artículo 46 de la Constitución Política** en Constitución Política Comentada de Costa Rica, McGraw Hill, México, 2001, pág. 190.

[123] Procuraduría General de la República, Dictamen C-169-99 de 22 de agosto de 1999. En el mismo sentido, véase el Dictamen C-373-2003 de 26 de noviembre de 2003.

[124] Procuraduría General de la República, Dictamen C-152-2000 de 7 de julio del 2000. En el mismo sentido, consúltese el Dictamen C-373-2003 de 26 de noviembre de 2003.

Ahora bien, como termina concluyéndose por parte de la Procuraduría General de la República, al fin y al cabo, ambas circunstancias, es decir, la *publicatio* y el calificativo de actividad de interés general, terminan siendo materia sometida al arbitrio del legislador, con lo cual se acoge un criterio de definición de servicio público, acorde con las tesis de la Escuela Clásica del Servicio Público de Bordeaux, promovidas por Gaston JEZE a principio del Siglo XX y que la doctrina caracteriza como la concepción subjetiva.

Y es que así lo ha entendido también la Sala Constitucional en el fallo que se cita en el aludido dictamen C-373-2003, conforme a la cual, *"...la determinación de si una necesidad es de interés público no es una cuestión jurídica, sino de hecho y circunstancial, que obliga –como ya se dijo– a un juicio de oportunidad y conveniencia. No existen actividades que por "naturaleza" o imperativos del Derecho Constitucional sean propias del servicio público, sino que eso dependerá de cada sociedad, sus necesidades y en el ámbito –privado o público– en que estas se satisfagan de mejor manera..."*[125].

En esa resolución, la Sala alude expresamente al artículo 3, inciso a) de la Ley No.7593, conforme al cual, se entiende por servicio público *"el que por su importancia para el desarrollo sostenible del país sea calificado como tal por la Asamblea Legislativa..."*.

Para la Procuraduría, en el dictamen de cita, lo establecido en esa disposición legal, sin embargo, "*no significa que solo existe servicio público si expresamente la ley indica que se trata de un servicio público o bien, si expresamente está contemplado en el artículo 5° de la Ley de la ARESEP. En efecto, aparte de que dicho artículo es una disposición de rango legal que no vincula al legislador, cabe recordar que comúnmente el legislador crea servicios públicos sin señalar expresamente que la actividad que regula y atribuye a la Administración es servicio público, lo que no desdice de la naturaleza jurídica de esa actividad. Basta, al efecto, que la actividad haya sido legalmente considerada de interés público. Se cumple, así, el principio de que la publicatio, acto de declaración de una actividad como de interés público, se realiza a través de la ley, en virtud del principio de reserva legal*".

Ahora bien, como es sabido, conforme a la Escuela Clásica del Servicio Público, en toda prestación de un servicio de esa naturaleza, media un interés general que se ve así satisfecho. De ahí que el régimen jurídico que rige la actividad del prestatario, deba ser de Derecho Público según doctrina del Arrêt BLANCO de febrero de 1873, régimen que ocasiona la salida de la actividad del mercado de los hombres, para quedar su prestación a cargo del Estado, sea de forma directa o indirecta. Para el segundo caso, una vez conferida la respectiva concesión, el prestatario quedará sometido a las conocidas "lois Rolland", (principios de continuidad, igualdad y adaptación del servicio público), así como a una relación jurídica con respecto a la autoridad competente, en la cual, queda a cargo de esta última, además de la vigilancia de la actividad, la fijación de la tarifa o precio por la prestación del servicio, conforme a los principios de igualdad, causalidad, certeza, irretroactividad y de razonabilidad.

El régimen costarricense del servicio público acoge, en un todo, ese modelo, como resulta de lo establecido por el artículo 4° de la LGAP, conforme al cual toda la actividad de los entes públicos debe estar sujeta a *"...los principios fundamentales del servicio público para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios"*.

[125] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 517-98 de 14:32 hrs. del 26 de agosto de 1998.

Cabe destacar que la norma no distingue, en su regulación, entre los servicios públicos del tipo comercial o industrial, según la expresión francesa, de los llamados servicios públicos *régaliens* y de los meramente administrativos, por lo cual es posible entender que se ha querido irradiar el alcance de los principios aludidos, a la actividad administrativa como un todo.

Ahora bien, el régimen de Derecho Público de los servicios públicos no tiene una regulación uniforme. Se ha intentando, sin embargo, mediante la Ley No. 7593, desarrollar un modelo aplicable a una buena cantidad de servicios públicos[126]. En dicho régimen, interviene una entidad autónoma, denominada Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, con competencia para regular la prestación del servicio mediante la fijación de precios y tarifas, y asegurando "*el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima*" –art. 5º–.

La autorización para prestar el servicio público, sin embargo, no corresponde a esta entidad, sino a los respectivos Ministerios o municipalidades según se trate. Corresponde a estos órganos o entes, otorgar la respectiva "*concesión o permiso*", salvo en el caso de entidades autónomas y empresas públicas que por disposición legal, han sido autorizadas para su prestación, según se verá.

Corresponde a la ARESEP, como se explicó, la definición de las tarifas de los servicios públicos, lo cual deja en evidencia, que el modelo no ha dado el paso a la libre competencia aún en cuanto a la definición de los precios. Se distingue así entre "*fijaciones tarifarias*" de "*carácter ordinario o extraordinario*"[127].

Para el caso de fijaciones ordinarias, solicitudes de autorización de generación de fuerza eléctrica, formulación y revisión de las normas técnicas aplicables a los servicios públicos y para la formulación o revisión de modelos de fijación de precios y tarifas, la ley define un procedimiento que incluye una audiencia pública en que podrán participar quienes ostenten un "*interés legítimo para manifestarse*" –art.36–, la cual se celebrará luego de la publicación de la hora y fecha para su celebración[128].

[126] En concreto, el de los servicios públicos de suministro de energía eléctrica en todas sus etapas; telecomunicaciones; acueductos y alcantarillados; combustibles derivados de hidrocarburos; riego y avenamiento cuando es prestado por una empresa pública o por medio de concesión o permiso; transporte público remunerado, salvo el aéreo, que se reserva a lo establecido en la normativa especial de la materia; los servicios marítimos y aéreos en los puertos nacionales; transporte de carga por ferrocarril; recolección y tratamiento de desechos sólidos e industriales.

[127] Según dispone el artículo 30 de la Ley de la ARESEP, *"Serán de carácter ordinario aquellas que contemplen factores de costo e inversión"*. Estas peticiones deberán presentarse *"al menos una vez al año"*. En el caso de las fijaciones extraordinarias, se trata de aquellas *"que consideren variaciones importantes en el entorno económico, por caso fortuito o fuerza mayor y cuando se cumplan las condiciones de los modelos automáticos de ajuste"*.

[128] En torno a este procedimiento, la Sala Constitucional ha considerado que ***"II.–*** *El procedimiento administrativo especial establecido en la Ley 7593 para la fijación de tarifas de los servicios públicos tiene como fin garantizar la transparencia en las decisiones de la entidad reguladora y la posibilidad de dar participación a los consumidores y usuarios en el trámite. La petición tarifaria se somete a la audiencia pública en la cual pueden participar aquellos ciudadanos que presenten una oposición fundamentada en criterios técnicos, oposición que debe presentarse de conformidad con los requisitos que estipula el reglamento, dándole al interesado de defender su interés en el asunto. El procedimiento pretende que, a través de sus varias etapas, se emita un acto administrativo dictado a la luz de los principios propios de la filosofía de la regulación y contenidos en la Ley 7593, entre los que pueden citarse el servicio al costo, el respeto al equilibrio entre los intereses del usuario y del prestatario, el evitar fijaciones contrarias al equilibrio financiero de los prestatarios, así como la exclusión de los costos no aceptables, conforme a los principios de la regulación de los servicios públicos. En el presente caso, según informa el Regulador General y se constata por la lectura de la resolución impugnada, las amparadas no participaron en su oportunidad como opositores en el procedimiento de fijación tarifaria cuyo acto final ahora se impugna; no acudieron a defender sus intereses de acuerdo al procedimiento*

Adicionalmente, se ha atribuido a la ARESEP una potestad sancionatoria que incluye, conforme al artículo 38, la posibilidad de imponer multas sancionatorias –por irregularidades en la prestación del servicio–; multas por mora en el pago de los cánones establecidos a cargo de los prestatarios –art.39– y hasta la "*revocatoria de concesión o permiso*", para el caso de las conductas tipificadas por el artículo 41.

Esta potestad sancionatoria puede ser ejercida, ya sea de oficio o bien a propósito de denuncia, caso en el cual se deberá tramitar un procedimiento ordinario administrativo, cuyo acto final podrá disponer *"...todas las medidas necesarias para corregir la anomalía, y en caso que así lo haya pedido el quejoso, y correspondiere de acuerdo con el mérito de los autos y fuere cuantificable, se establecerá la indemnización que deberá pagar el prestatario"* –art. 40 del Reglamento a la Ley No. 7593, Decreto Ejecutivo No. 29732-MP.-

Para el cumplimiento de sus atribuciones, la ARESEP ha sido investida por el legislador de una serie de prerrogativas tales como la fiscalización contable, financiera y técnica de las empresas prestatarias de servicios públicos –art.6 a)-, lo cual hace posible que requiera información financiera y contable de esas mismas empresas con capacidad vinculante –arts. 24 y 31–, lo cual fue objeto de cuestionamientos a nivel constitucional.

Para el Tribunal Constitucional, sin embargo, no existen roces de constitucionalidad en las citadas normas, al entenderse que *"de lo contrario el control que se le encomienda carecería de sentido, pues entre otras funciones debe fijar los precios, tarifas y tasas de los servicios públicos regulados por la ley..."*[129]. Es decir, se estimó que el medio elegido por el legislador para satisfacer el fin, resultaba apropiado y razonable, vista la actividad de regulación de tal ente.

A propósito de esa misma impugnación, el Tribunal Constitucional estimó que la ARESEP, al ejercer su potestad sancionatoria, actúa en calidad de tribunal administrativo, ejerciendo por ello, función administrativa, con lo cual se descarta el alegato según se el cual, al ejercer potestades sancionatorias e inquisitiva, se estaba frente a una delegación inconstitucional de funciones propias del Poder Judicial.

De paso, se deja en evidencia así por parte de la Sala Constitucional, que las decisiones adoptadas en tales procedimientos, una vez agotada la vía administrativa, son susceptibles de ser impugnadas en la vía de lo contencioso administrativo, como en efecto sucede.

2. ¿MERCADOS DE INTERÉS GENERAL? EL CASO DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA Y LAS TELECOMUNICACIONES

El régimen jurídico del servicio público de suministro de energía eléctrica y de telecomunicaciones, está conformado por disposiciones de rango constitucional y legal que deben ser objeto de evaluación.

Como se verá, lejos de conformar un mercado en competencia, estos sectores están rígidamente estructurados en función de una intervención prácticamente monopólica del Estado, en

especialmente establecido para ello en la Ley 7593, por lo que resulta improcedente su pretensión de que se anule en la vía de amparo la resolución cuestionada". Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 2002-07029 de las catorce horas con cincuenta y dos minutos del dieciséis de julio del dos mil dos.

[129] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 2002-1485 de las catorce horas con cuarenta minutos del trece de febrero del dos mil dos.

especial, por medio del Instituto Costarricense de Electricidad, entidad autónoma originalmente creada desde 1949, para el desarrollo y aprovechamiento de las fuerzas hidráulicas de la Nación, a la cual, con posterioridad, se encargó también, el desarrollo de las telecomunicaciones.

La rigidez de ambos modelos empieza por lo dispuesto en la Constitución Política, para la cual, es función del Poder Legislativo, *"Decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación. No podrán salir definitivamente del dominio del Estado: a) Las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional...c) Los servicios inalámbricos"*.

Dice además la norma de cita, que *"Los bienes mencionados en los apartes a), b) y c) anteriores sólo podrán ser explotados por la administración pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa"*.

Al respecto, la Sala Constitucional ha estimado que "*Para un elenco de bienes, servicios y recursos han sido constitucionalmente definidos los límites del mercado y del tráfico económico. La Constitución no establece una uniforme intensidad de demanialidad ni de reserva al sector público de servicios o recursos esenciales. Según el artículo 121 inciso 14, el que ahora nos ocupa, los servicios inalámbricos [al igual que las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público] "no podrán salir definitivamente del dominio del Estado". Pública es la titularidad; han sido constitucionalmente vinculados a fines públicos y su régimen es exorbitante del derecho privado. No obstante, cabe la explotación por la administración pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa*"[130].

A partir de esa consideración, sólo es posible la prestación de los servicios públicos de suministro de energía eléctrica y de telecomunicaciones, en el caso de que una disposición legal –ley marco– atribuya a un órgano o ente público a otorgar concesiones o bien, mediante una concesión especial otorgada por la Asamblea Legislativa.

Como se verá, la ausencia de esas "leyes marco" en ambos sectores, es notoria y ocasiona la imposibilidad de que, salvo las entidades que se dirán, el sector privado tenga participación en estos sectores.

Esta omisión legislativa, con tino, ha sido calificada como una inactividad legislativa viciada de inconstitucionalidad, por quebrantar el derecho a la libre elección que declara en beneficio de los usuarios, el artículo 46 párrafo último de la Constitución Política[131].

A. Del servicio público de suministro de energía eléctrica

De conformidad con lo establecido por el artículo 5° inciso a) de la citada Ley No. 7593, el *"Suministro de energía eléctrica en las etapas de generación, transmisión, distribución y comercialización"*, es un servicio público.

[130] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 5386-93, de las dieciséis horas del veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y tres.

[131] En ese sentido, se ha dicho que *"...a partir de la citada reforma del artículo 46 constitucional, ha desaparecido la discrecionalidad política del Estado de aprobar o no aprobar una legislación como esa. Hoy, desde el punto de vista jurídico constitucional, el Estado está obligado a cumplir con su deber de aprobar dicha normativa.. De no hacerlo, incurrirá en una conducta inconstitucional, como está sucediendo ahora"*. ECHANDI GURDIÁN, María Lourdes, **Apertura en telecomunicaciones: Obligación jurídica del Estado,** El Financiero, No. 417, 23-29 de junio del 2003, pág. 36.

Así las cosas, para el caso de la etapa de generación, salvo en el supuesto excepcional de la generación de energía eléctrica para el autoconsumo mediante fuentes que no sean de carácter hídrico[132], la actividad sólo será legítima, cuando se haya logrado obtener una concesión que autorice tal actividad.

De forma reiterada, la Procuraduría General de la República ha establecido que, efectivamente, la etapa de generación de energía eléctrica, precisamente por ser un servicio público por disposición legal, exige para su prestación, una concesión otorgada por el Ministerio de Ambiente y Energía, exigencia a la cual debe agregarse la de contar con una concesión para el uso de las aguas, en caso de tratarse de un proyecto hidroeléctrico[133].

La dificultad que se presenta, en ese sentido, es que no ha sido interés del legislador abrogar las normas secundarias que exige el artículo 121 inciso 14) para permitir la incorporación del sector privado en esta actividad, de modo que se propicie una amplia apertura basada en el principio de libre competencia.

La tesis más bien, ha sido admitir tan sólo, una participación mínima de los particulares, lo cual se dio a propósito de la Ley No. 7200 que vino a regular lo que se denominó, *"...la generación autónoma o paralela"*, es decir, *"...la energía producida por centrales eléctricas de capacidad limitada, pertenecientes a empresas privadas o cooperativas que puedan ser integradas al sistema eléctrico nacional"*. Se trata de centrales con capacidad de generación no mayor de 20 Megavatios que, forzosamente, deben vender la energía generada, al ICE. Para lograr una concesión para la generación de energía eléctrica, resulta exigible, conforme a las disposiciones de la ley de cita, la previa declaratoria de elegibilidad del proyecto por parte del ICE –art.6–, lo cual será posible *"...siempre y cuando la potencia, por concepto de generación paralela, no llegue a constituir más del quince por ciento (15%) de la potencia del conjunto de centrales eléctricas que conforman el sistema eléctrico nacional"*.

Mediante una reforma posterior a la citada Ley No. 7200, se introdujo un modelo de compra de energía bajo régimen de competencia. Sin embargo, en realidad lo que se hizo fue autorizar al ICE a promover licitaciones públicas para oír ofertas de interesados en construir, explotar y traspasar luego, proyectos de generación de energía eléctrica de fuente hidráulica, geotérmica, eólica y de cualquier otra no convencional, en bloques de no más de 50 megavatios. Así, una vez cumplido el trámite de licitación pública, se suscriben contratos de compraventa de energía con una vigencia no mayor de veinte años y en el entendido de que los activos de la planta eléctrica deberán ser traspasado al término del contrato, a propiedad del ICE libres de todo gravamen.

Más recientemente, se aprobó la Ley No. 8345, mediante la cual se vino a autorizar la participación de cooperativas de electrificación rural y de empresas de servicios públicos municipales, en la generación de energía de fuente hidroeléctrica, con capacidad no mayor de sesenta megavatios. En caso de exceder tal cantidad, *"será necesaria una autorización legislativa especial"*, según lo dispone el artículo 11 de la Ley citada.

En lo que a la etapa de transmisión de energía, es preciso señalar que está, en lo fundamental, sometida a la intervención monopólica del ICE, entidad que ha desarrollado la infraestructura necesaria para cumplir con esa tarea.

[132] Procuraduría General de la República, Dictamen C-069-97 de 7 de mayo de 1997.

[133] Procuraduría General de la República, Dictamen C-348-2001 de 17 de diciembre de 2001.

En lo que a las etapas de distribución y comercialización de la energía, además de esa entidad, participan tan sólo algunos pocos prestatarios, en sectores geográficos de la Nación claramente definidos[134], en vista de las aludidas limitaciones para la entrada de más competidores.

B. De las telecomunicaciones

Como se ha señalado, a propósito de lo establecido por el artículo 121 inciso 14), los servicios inalámbricos sólo podrán ser explotados por particulares o la propia Administración, si así lo dispone una concesión especial otorgada por la Asamblea Legislativa, o bien, si se obtiene una concesión de carácter administrativo, otorgada por el órgano o ente que autorice una "ley marco".

En concreto, con relación a los servicios inalámbricos y el espectro electromagnético, la Sala Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones, estableciendo que se trata de bienes demaniales[135] cuya explotación sólo es lícita, en caso de estar autorizada mediante una concesión especial otorgada por tiempo limitado y de acuerdo con las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa, o bien, de acuerdo con la ley.

Así las cosas, examinado el ordenamiento jurídico, es posible establecer que, si bien no se puede hablar de una concesión exclusiva o de carácter monopólico[136], es lo cierto que únicamente se encuentran autorizados para intervenir como prestatarios de servicios de telecomunicaciones, dos entidades, el ICE y una empresa de su propiedad, Radiográfica Costarricense, S.A.

Así resulta del examen del Decreto-Ley No. 449 del 8 de abril de 1949, que crea el ICE, cuyo artículo 2 inciso h) establece como una de las finalidades del Instituto, *h) Procurar el establecimiento, mejoramiento, extensión y operación de los servicios de comunicaciones telefónicas, telegráficas, radiotelegráficas y radiotelefónicas, para lo cual tendrá de pleno derecho la concesión correspondiente por tiempo indefinido".*

Adicionalmente, cabe señalar que conforme al artículo 1° de la Ley No. 3293 del 18 de junio de 1964, *"El Instituto Costarricense de Electricidad explotará a partir de la promulgación de esta ley, los servicios de telecomunicaciones a que se refiere la ley No. 47 del 25 de julio de 1921, por tiempo indefinido, en las condiciones establecidas"*, lo cual, dice la ley en su artículo 2, podrá hacer por medio de una sociedad anónima mixta denominada Radiográfica Costarricense, S.A.

[134] Se trata de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, para el sector central de San José. Dicha entidad es propiedad en un cien por ciento, del ICE. Para el caso de la provincia de Cartago, se ha autorizado a la Junta Administrativa del Servicio Eléctrico de Cartago JASEC, actualmente regida por la Ley No. 7799 del 29 de mayo de 1998. En la provincia de Heredia, interviene en la distribución y comercialización de energía, la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, hoy regida por la Ley No. 7789. En otras zonas del país, participan en la prestación de estos servicios públicos, diversas cooperativas de electrificación rural, a saber, la Cooperativa de Electrificación Rural de Alfaro Ruiz, R.L., Cooperativa de Electrificación Rural de San Carlos, R.L, Cooperativa de Electrificación Rural de los Santos, R.L., Cooperativa de Electrificación Rural de Guanacaste, R.L. y el Consorcio Nacional de Empresas de Electrificación de Costa Rica, R.L. (CONELÉCTRICAS, R.L.).

[135] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 2002-6053 de las catorce horas con treinta y ocho minutos del diecinueve de junio del dos mil dos.

[136] *"El decreto-ley no. 449 de 1949 otorgó una concesión al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) para la explotación de los servicios de telecomunicaciones "telefónicas, telegráficas, radiotelegráficas, radiotelefónicas". Interesa destacar, sin embargo, que contrariamente a lo que se cree, tal concesión no otorgó una condición exclusiva o monopolística al ICE, como tampoco lo hizo luego la Ley No. 3226 de 1963, todo lo cual ha ratificado la propia Sala Constitucional en la sentencia No. 9542 del 2002"*. ECHANDI GURDIÁN, María Lourdes, **Competencia en telecomunicaciones**, La Nación, pág. 31 A.

En definitiva, la ya citada Ley No. 7593, en su artículo 5, incluye los servicios de telecomunicaciones entre los servicios públicos sujetos a tal normativa, si bien no puntualiza autoridad alguna que esté en capacidad de otorgar concesiones para su prestación.

De esta forma, en ausencia de una ley marco que habilite a la Administración Pública, por medio de cualquiera de sus agentes, a otorgar concesiones para el servicio de telecomunicaciones, únicamente el ICE y RACSA, cuentan actualmente con autorización legal para prestar estos servicios.

No existe, por ende, un mercado en competencia, sino un mercado atendido por un único prestatario de carácter estatal, a pesar de la posibilidad constitucional de la participación de otros prestatarios.

XIII. LA FUNCIÓN PÚBLICA

El régimen de la función pública está regido, en Costa Rica, por diversas disposiciones de rango constitucional y algunas otras de rango legal y reglamentario, que de forma atomizada, entran a regular distintos ámbitos de la Administración Pública.

En la Carta Política, se ha dispuesto la inclusión, dentro de las atribuciones del Poder Ejecutivo, la de *"...nombrar y remover libremente a los miembros de la Fuerza Pública, a los empleados de confianza, y a los demás que determine, en casos muy calificados, la Ley de Servicio Civil"* –art. 140 inciso 1) de la CP–. Además, se dispone en el inciso 2) de la misma norma, que corresponderá al mismo órgano de relevancia constitucional, *"nombrar y remover, con sujeción a los requisitos prevenidos por la Ley de Servicio Civil, a los restantes servidores de su dependencia"*.

Por su parte, los artículos 191 y 192 de la misma Constitución, vienen a establecer, en su orden, la naturaleza estatutaria de las relaciones *"...entre el Estado y los servidores públicos con el propósito de garantizar la eficiencia de la administración"*, así como la sujeción del Estado a criterios de idoneidad comprobada para realizar nombramientos y la inamovilidad de los funcionarios, salvo supuestos de despido justificado o *"reducción forzosa de servicios"* sea esta por razón de carencias presupuestarias o para una *"mejor organización"* de los servicios.

La Sala Constitucional, a propósito de tales disposiciones, ha establecido que *"Los principios constitucionales que inspiran el Régimen del Servicio Civil y que resultan de aplicación plena durante toda la relación del servidor público con el Estado, son los de idoneidad comprobada y eficiencia*[137]*"*.

En torno al artículo 191 constitucional, existe un cierto grado de discusión en torno a lo que en realidad debe interpretarse de la expresión ahí contenida, conforme a la cual, *"Un estatuto de servicio civil regulará las relaciones entre Estado y los servidores públicos"*.

Se discute si ello implica que un solo estatuto deberá regir la totalidad de las relaciones de empleo público o bien, si es admisible que el legislador ordinario regule tales relaciones, mediante una diversidad de disposiciones legales.

[137] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 19-95 de las quince horas cincuenta y cuatro minutos del tres de enero de mil novecientos noventa y cinco

La doctrina que se ha pronunciado al respecto[138], luego de comprobar con un detallado estudio el sinuoso manejo del vocablo "Estado" en que incurrió el Constituyente, termina por estimar imposible *"sostener una tesis definitiva"*. Se estima que, como mínimo, debe incluirse dentro de una relación estatutaria, al Poder Ejecutivo y sus funcionarios, por así dejarlo en claro el artículo 140 incisos 1) y 2), sin dejar de lado el caso de las relaciones entre el Poder Judicial y sus servidores, expresamente involucrado en un marco estatutario por el artículo 156 de la CP. Por último, se analiza una *"tesis amplísima"*, conforme a la cual se podría sostener que el Servicio Civil debe cubrir a todos los servidores públicos, tesis que para Murillo Arias, tiene sustento histórico, a propósito del proyecto de Constitución en que así se establecía. Tal postura parece ser la aceptada por el Tribunal Constitucional[139-140].

Así las cosas, conforme al régimen constitucional, la totalidad de las relaciones de empleo del "sector público" deben regirse por una relación de derecho público, lo cual incluye, según lo ha establecido la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, al sector descentralizado[141].

Muy a pesar de lo establecido por la Asamblea Constituyente, es decir, su afán de ver regidos en su totalidad a los servidores públicos, por una relación de derecho público con la Administración, como la propia Sala Constitucional y la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia lo han establecido en los fallos citados, en realidad, eso no sucede así.

Aún hoy día, luego de varias décadas de la vigencia de la Constitución, no existe una regulación sistemática de las relaciones de empleo público, que logre satisfacer la demanda del Constituyente, lo cual ha sido calificado como una circunstancia inconstitucional[142].

Sólo se ha logrado hasta el momento, la abrogación de diversas disposiciones sectoriales[143], entre las que resaltan el Estatuto del Servicio Civil que rige, tan sólo en parte, las relaciones de los servidores públicos con el Poder Ejecutivo[144]. Adicionalmente, la LGAP introdujo una serie de normas[145] en la materia con la intención de reglar el empleo público.

De estas disposiciones, derivan algunas consecuencias de marcado interés. La primera se refiere a lo que MURILLO ARIAS califica como la *"generalización del régimen público de empleo"*, dispuesta por el artículo 112.1. Efectivamente, al prescribir la norma que *"El derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos"*, se viene a satisfacer el empeño del Constituyente antes referido y ratificado por la

[138] MURILLO ARIAS, Mauro, **Ensayos de Derecho Público,** San José, 1988, pág. 165.

[139] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 1696-92 de las quince horas treinta minutos del veintitrés de agosto de mil novecientos noventa y dos.

[140] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 4788-93 de las ocho horas cuarenta y ocho minutos del treinta de setiembre de mil novecientos noventa y tres.

[141] Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 0036-98 de las diez horas del seis de febrero de mil novecientos noventa y ocho. En idéntico sentido, aunque para el caso de las relaciones de los servidores del ICE con entidad, véase Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 149-99 de las quince horas del dos de junio de mil novecientos noventa y nueve.

[142] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 1696-92 de las quince horas treinta minutos del veintitrés de agosto de mil novecientos noventa y dos.

[143] Se trata, entre otras, de la Normativa de Relaciones Laborales (CCSS) publicada en la Gaceta Nº 137 de 16 de julio de 1998; Ley del Personal de la Asamblea Legislativa Nº 4556 y sus reformas; Estatuto del Servidor Judicial, Ley Nº 5155 y Ley de la Carrera Judicial Nº 7338. Además, el Código Municipal, Ley No. 7794, incluye dentro de sus disposiciones, el Título V, relativo a "El Personal Municipal".

[144] ORTIZ ORTIZ, Eduardo, **Tesis de Derecho Administrativo**, Tomo II, pág. 147.

[145] Se trata de las dispuestas en el artículo 111 párrafo 3 y 112 de dicha Ley.

jurisprudencia tanto de la Sala Constitucional como de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

Y es que el término Administración utilizado en la norma, debe relacionarse con el definido por el artículo 1 de la misma Ley, según el cual, aquella estará conformada por *"el Estado y los demás entes públicos..."*. Es decir, se incluye de esa forma, tanto a los entes descentralizados como a los no estatales, aunque público por su régimen iuspúblico.

Este nivel de generalización es objeto de cuestionamiento de parte de MURILLO ARIAS, para quien no parece ser útil someter las relaciones de servicio de entidades tales como colegios profesionales y otro tipo de entes de derecho público, al Derecho Administrativo[146].

Otra consecuencia de lo dispuesto por la aludida normativa, también criticada por MURILLO ARIAS, estriba en el hecho de que, conforme al párrafo 3 del artículo 111, *"...no se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común"*. La crítica del citado autor estriba en que estima inconveniente la exclusión, dado que por esa vía tales servidores quedarían excluidos del régimen de responsabilidad administrativa interna que la misma LGAP desarrolla en su articulado.

Para sortear tal dificultad y demás inconvenientes por él apuntados, en consideración de la Exposición de Motivos, el autor estima *"... que la intención de la norma es excluir a los servidores de las actividades de empresa de la Administración, cuando estas actividades estén regidas por el Derecho Privado. Ejemplo típico: servidores bancarios"*[147].

Esta última consideración, que comparte este estudio, viene a contradecir la citada jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, según la cual, la relación de servicio de servidores de bancos estatales, está regida por el Derecho Administrativo y no por el Derecho Laboral. Es claro que el afán generalizador, aún de la LGAP, como se ha vista, no llega tan lejos. También se ha visto que la Sala Constitucional ha admitido, en circunstancias especiales, la definición legislativa de ámbitos en que se prescinde de una relación estatutaria, optándose por una del tipo privado.

Maniatar a los entes públicos con actividades de tipo comercial o industrial, como es el caso del ICE y los bancos estatales, no parece haber sido el interés del Constituyente, quien siempre tuvo en mente la regulación de relaciones de servicio entre un servidor investido en calidad de tal, para el ejercicio de potestades administrativas, no así, para el ejercicio de actividades típicamente sometidas al derecho común.

Al respecto, la propia Sala Constitucional[148] ha validado decisiones del legislador como la que consta, por ejemplo, en la Ley de Correos, de anterior cita, conforme a la cual, Correos de Costa Rica, empresa pública, *"no estará sujeta"* a las disposiciones del Estatuto de Servicio Civil (art.16 e)), razón por la cual, verá regidas las relaciones con sus servidores por el Código de Trabajo –art.3 párrafo primero–.

Finalmente, baste señalar en cuanto al régimen establecido por el Estatuto de Servicio Civil que la relación de servicio administrativa por éste regulada implica: (i) un procedimiento de ingreso por concurso; (ii) la nomenclatura y remuneración de los cargos en norma general y (iii) la inamovilidad, con las señaladas excepciones[149].

[146] MURILLO ARIAS, Mauro, **Ensayos de Derecho Público**, pág. 192.

[147] MURILLO ARIAS, Mauro, **Ensayos de Derecho Público**, pág. 193.

[148] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 2002-314 de las diecisiete horas con ocho minutos del veintidós de enero del dos mil dos.

[149] ORTIZ ORTIZ, Eduardo, **Tesis de Derecho Administrativo**, Tomo II, págs. 150 y 151.

XIV. URBANISMO Y MEDIO AMBIENTE

1. Breves notas del derecho urbanístico costarricense

De conformidad con lo establecido por el artículo 45 constitucional, mediante la cual se regula la propiedad privada como garantía fundamental, la propiedad privada es inviolable; se admite la expropiación por razones de utilidad pública, previa indemnización plenaria, salvo supuestos de emergencia nacional y autoriza la posibilidad de imponer limitaciones de interés social, para lo cual impera una reserva legal, reforzada por una exigencia de mayoría calificada en su trámite de aprobación legislativa, sin que se mencione la necesidad, en esos supuestos, de indemnizar al afectado[150].

En el caso del Derecho Urbanístico, es claro el papel protagónico de las limitaciones a la propiedad por interés social, en este caso, relativo al ordenamiento territorial y uso sostenible de la tierra.

Para Ortiz Ortiz, las notas esenciales de las limitaciones, desde una óptica de justicia distributiva, según *"aparecen todas en el art. 45 de la Carta o las de la doctrina prodigada en su examen"*, son las siguientes: (i) tienen origen legislativo, de modo que son legítimas sólo frente a ley formal, que requiere votación de dos tercios de la totalidad de los votos de la Asamblea Legislativa, que las impongan; (ii) más que de un sacrificio particular, se trata de una *"prohibición, que crea un deber jurídico (...) de no hacer o, a lo sumo, de soportar la inmisión del Estado en la propiedad para fines públicos, deber que se agrega a los poderes o facultades del propietario, sin desnaturalizarlos ni destruirlos"*; (iii) están sustentadas en fines de interés social, esto es, fines "externos", entiéndase *"extraño y prevalente en relación con los fines de la propiedad como entidad al servicio del propietario"*; (iv) "*no pueden ser concretas ni singulares*"; (v) son *"una reserva de la ley, relativa y perforable por la delegación en reglamentos autorizados, bajo la guía y dentro del marco que la ley indique"* característica que reputa el autor como esencial[151].

Ahora bien, a propósito del cambio de perspectiva a que alude el autor, manifestado en la noción del papel o función social de la propiedad, se ha venido admitiendo la sujeción de ese derecho real, a servicios en bien de la colectividad, mediante varios medios, entre ellos, (i) *"la previsión legal de la conducta del propietario"* mediante la imposición legal de "*prohibiciones (absolutas o sujetas a dispensa)*" o deberes de hacer y no hacer, según sea el caso; (ii) la atribución de poderes a la Administración Pública que la habilitan para "*disponer, en lugar del propietario y sin que éste pueda evitarlo*"; (iii) *"sujeción del propietario a una potestad de regulación y ordenación de la Administración, la cual, en lugar de disponer y decidir en su lugar, lo obliga a actuar según órdenes de instrucciones"*; (iv) el contenido del derecho de propiedad y en especial, su modo de ejercicio, viene a ser regulado mediante *"una autorización de motivo y contenido discrecionales, que juego como hecho permisivo, cuya denegación es impediente de ese mismo ejercicio"* y, finalmente, (v) se produce, a partir de la autorización, "*una sujeción especial a una autoridad administrativa con potestades abiertas de regulación*

[150] ORTIZ ORTIZ, Eduardo, **Expropiación y Responsabilidad Públicas**, pág. 134.
[151] ORTIZ ORTIZ, Eduardo, **Expropiación y Responsabilidad Públicas**, págs. 145 a 149.

sobre una forma de propiedad, según el tipo de bien o de fin que se persiga con ella o a través de ella"[152].

Esta tesis fue acogida en pleno por la Sala Constitucional en su jurisprudencia, de lo cual es fiel testimonio por todas las demás, la Sentencia No. 4205-96 de las catorce horas treinta y tres minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis.

Efectivamente, en su jurisprudencia el Alto Tribunal ha atribuido a la propiedad, una función social que justifica disposiciones legales prohibitivas o que imponen directamente, deberes de hacer o no hacer al propietario[153]. Se ha admitido, también, que las limitaciones a la propiedad urbana, no sólo son limitaciones fundadas en un interés social[154], sino además, que resultan imprescindibles para la convivencia de la ciudadanía[155], lo que las hace claramente congruentes con el Derecho de la Constitución.

Ahora bien, la acogida a las limitaciones urbanísticas no ha estado libre de ataduras o límites. El Tribunal ha establecido, en ese sentido, dos distintos valladares, a saber: (i) el contenido esencial del derecho de propiedad[156] y (ii) la apuntada generalidad de que debe caracterizarse toda limitación[157].

En lo fundamental, podría decirse que lo urbanístico es tarea municipal, en consideración de lo establecido por los artículos 169 y 170 constitucionales. Es claro que la ordenación del suelo y del desarrollo urbano, es un asunto local, lo cual, sin embargo, no desmerece la intervención de autoridades nacionales que vengan a introducir una visión holística del desarrollo urbano nacional.

Todas esas consideraciones fueron tomadas en cuenta por el legislador ordinario, al momento de adoptar la Ley de Planificación Urbana No. 4240 del quince de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho. Efectivamente, conforme a las estipulaciones de esa norma legal, la intervención de las corporaciones municipales en el manejo de lo urbanístico es prioritaria y prevalece por encima de cualquier intervención de entidades estatales a las cuales se les relega a una intervención a nivel "*nacional o regional*" –art.2–. Así resulta, en especial, de lo dispuesto por su artículo 15, según el cual se dispone reconocer *"...la competencia y autoridad de los gobiernos municipales para planificar y controlar el desarrollo urbano, dentro de los límites de su territorio jurisdiccional"*.

Es de lamentar, sin embargo, el débil desarrollo de las corporaciones municipales, sus notables carencias financieras y la aludida atomización que deriva a la gran cantidad de cantones en que se ha decidido fraccionar el territorio nacional, han impedido que el sector municipal haya asumido, en pleno, la tarea de regular el desarrollo urbano.

[152] ORTIZ ORTIZ, Eduardo, **Expropiación y Responsabilidad Públicas**, págs. 151 a 155.

[153] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 5097-1993 de las diez horas con veinticuatro minutos del quince de octubre del mil novecientos noventa y tres.

[154] En ese sentido, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 1167-1992 de las quince horas y treinta minutos del seis de mayo de mil novecientos noventa y dos 5305-93 de las diez horas seis minutos del veintidós de octubre de mil novecientos noventa y tres.

[155] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 4205-96 de las catorce horas treinta y tres minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis.

[156] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 5097-93 de las diez horas veinticuatro minutos del quince de octubre de mil novecientos noventa y tres. Véase además, de la misma Sala, la Sentencia No 2345-96 de las nueve horas veinticuatro minutos del diecisiete de mayo de mil novecientos noventa y seis.

[157] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 4205-96 de las catorce horas treinta y tres minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis.

A partir de esa circunstancia, el protagonismo de los gobiernos locales ha sido, más bien, subsidiario, de modo que el INVU, por medio de su Dirección de Urbanismo, ha debido asumir tareas de ordenación del territorio primariamente asignadas a las corporaciones municipales.

En el ámbito de la ordenación del territorio desde la óptica nacional o regional, la situación no ha sido tampoco, la deseada por el legislador. Efectivamente, la participación del Estado central en la ordenación del territorio, ha sido exigua cuando no, prácticamente inexistente, muy a pesar de la atribución de competencia que consta en el artículo 2 de la Ley de Planificación Urbana, al hacer mención a la "*Oficina de Planificación*", hoy Ministerio de Planificación y Política Económica, como uno de los centros de acción a quienes corresponde, en conjunto con el INVU, la planificación urbana nacional o regional.

Cabe destacar que la planificación urbana nacional o regional, según dispone el artículo 3 de la Ley de cita, ha de estar definida a partir del Plan Nacional de Desarrollo Urbano, cuya preparación, revisión y puesta al día corresponde al INVU y al Ministerio de Planificación y Política Económica. Así, corresponde a la Junta Directiva del INVU proponer al Poder Ejecutivo los términos del citado Plan –art.4– para su aprobación, el cual, en asocio con el aludido Ministerio, deberá mantener en constante renovación.

Es de lamentar que, hasta la fecha, desde la puesta en vigencia de la Ley en comentario, nunca ha sido aprobado un Plan Nacional de Desarrollo Urbano, lo cual ha generado un desarrollo urbano carente de planificación y divorciado de un desarrollo sostenible. No es sino recientemente, que se ha iniciado el trabajo para el diseño del primer Plan Nacional de Desarrollo Urbano[158].

Es tarea también de la Dirección de Urbanismo, de conformidad con lo establecido por la Ley de Planificación Urbana, fungir como órgano asesor consultivo de las municipalidades en la preparación de los planes reguladores, así como la de dictar *"...normas de desarrollo..."* y Podrá además, "*confeccionar los planes reguladores y delimitar los distritos urbanos y demás áreas sujetas a control urbanístico, en tanto las municipalidades no hubieren promulgado en la respectiva materia, o parte de ella, sus propias disposiciones locales con ajuste a esta ley*" –Transitorio II–.

Se sustenta así una intervención residual del citado Instituto que permita de alguna forma, regular el desarrollo urbano mediante una reglamentación en materias como el fraccionamiento y urbanización de terrenos y en la construcción de desarrollos habitacionales, incluyendo las normas de diseño de las vías, retiros de construcción y demás aspectos típicos de estas regulaciones.

Tales potestades fueron, todas, validadas por la Sala Constitucional en el citado fallo No. 4205-96, estimándose, en cuanto a la competencia del INVU para desarrollar regulaciones en ausencia de las municipales, que se trata de una competencia "*transitoria*"[159].

Además de las disposiciones constitucionales referidas a la propiedad privada –art.45– y a las competencias de las corporaciones municipales –arts. 169 y 170–, el Derecho Urbanístico costarricense presenta una serie de disposiciones de rango legal y reglamentario que interesa desta-

[158] Véase el detalle de los avances de los trabajos hasta ahora desarrollados en www.mideplan.go.cr/pndu/presentacion.htm.

[159] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 4205-96 de las catorce horas treinta y tres minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis.

car. Se trata de la Ley de Planificación Urbana[160]; el Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones[161] y los Planes Reguladores Cantonales[162-163].

En cuanto a los últimos, se ha considerado posible que sea por medio que se incorporen las concretas limitaciones exigidas por un ordenamiento territorial, circunstancia cuya constitucionalidad se ha hecho depender de los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad[164].

Típicamente, los planes reguladores deben incluir, según lo establece el artículo 21 de la Ley de Planificación Urbana, una serie de reglamentos, entre ellos, el de zonificación, el de fraccionamientos y urbanización, el de Mapa Oficial, el de Renovación Urbana y el de Construcciones.

Lamentablemente, en vista de las limitaciones a que están sujetas las corporaciones municipales costarricense, la cantidad de planes reguladores debidamente aprobados y en vigencia, contrasta con el número de cantones de que está compuesta la Nación.

2. Líneas generales del derecho administrativo ambiental costarricense

Además de la propia Constitución Política que dispone en el artículo 50 el derecho ciudadano a un ambiente sano y equilibrado, el derecho administrativo ambiental costarricense está compuesto por una amplia gama de disposiciones normativas de índole general algunas (Ley General de Salud No. 5395 y Ley Orgánica del Ambiente, No. 7554), y otras de tipo sectorial.

En lo que al régimen jurídico de las aguas corresponde, se ha apuntado su gran "*dispersión normativa*", al grado que representa "*... un conjunto fragmentado, caótico y ambiguo de normas sectoriales que regulan aspectos puntuales quedando serias lagunas y antinomias, todo lo*

[160] Se trata de la norma que, con un ánimo de regulación sistemática, viene a definir la organización administrativa de lo urbanístico, compuesta, como se vio, por las Municipalidades, el Ministerio de Planificación y Política Económica y el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo. Por otra parte, define como principal instrumento de ordenación del suelo, los planes reguladores y sus reglamentos –arts.15, 19 y siguientes–. Se dispone también el procedimiento a seguir para su aprobación, lo cual incluye la consulta pública de su contenido, de previo a ser aprobado mediante acuerdo del Concejo Municipal respectivo, siendo exigible, para su eficacia, su posterior publicación en el Diario Oficial La Gaceta –art.17–. La norma incluye también la definición directa de ciertas limitaciones para el desarrollo de urbanizaciones y de fraccionamientos.

[161] En ejercicio de la competencia que le atribuye al INVU el citado Transitorio II de la Ley de Planificación Urbana, la Junta Directiva de esa entidad aprobó el 23 de marzo de 1983, el aludido Reglamento, mediante el cual se viene a introducir reglas precisas en torno a los fraccionamientos –Capítulo II–; Urbanizaciones –Capítulo III– y disposiciones relativas a desarrollos habitacionales. Discutida su constitucionalidad, en vista de su carácter meramente reglamentario, a pesar de la cual incluye la definición de cargas al propietario para el desarrollo de urbanizaciones, entre ellas, la cesión gratuita de áreas para uso comunal, la Sala Constitucional estimó que en realidad, en este caso, "*no se está frente a una disposición de carácter general emanada por el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo sin fundamento de disposición legal, sino que se trata del desarrollo reglamentario de disposiciones legales específicas, por lo cual no puede afirmarse que las normas impugnadas impongan limitaciones al derecho de propiedad, sino que las mismas fueron definidas específicamente en la ley calificada, tal como lo exige la Constitución Política*". Se validó, así, la constitucionalidad de esta disposición reglamentaria, que resulta de aplicación tan sólo, en ausencia de un plan regulador en el cantón respectivo.

[162] Se trata de disposiciones reglamentarias dirigidas a reglar el desarrollo urbano a nivel cantonal. Es competencia del Concejo Municipal su aprobación, previa consulta en audiencia pública, según se dijo. La Sala Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en torno a estos instrumentos del desarrollo urbano. Así, se ha entendido congruente con la Constitución, la imposición de limitaciones a la propiedad mediante planes reguladores.

[163] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 5097-93 de las *diez horas veinticuatro minutos del quince de octubre de mil novecientos noventa y tres.*

[164] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia número 5305-93 de las diez horas seis minutos del veintidós de octubre de mil novecientos noventa y tres.

cual también dificulta, seriamente, la gestión ambiental por parte de los entes públicos encargados de la materia"[165].

La misma consideración cabe, en un todo, para el resto de los campos en que se han incorporado regulaciones de tipo ambiental.

Se ha optado, en ese sentido, por una regulación normativa fragmentada y que responde a distintas estrategias que de tiempo en tiempo, elige sin criterio sistemático, ya sea el legislador o bien el Poder Ejecutivo.

La más dificultosa tarea de quien evalúa este campo del Derecho Administrativo costarricense, será entonces la definición de sus fuentes normativas.

Un breve examen de la normativa ambiental costarricense, permite detectar normas legales de carácter general basadas en filosofías de regulación diversas –Ley General de Salud y Ley Orgánica del Ambiente– así como un sin fin de normas reglamentarias de carácter sectorial, que hacen prácticamente imposible para su destinatario, conocer el derecho ambiental que lo regula.

La misma dificultad se presenta, inclusive, para los propios funcionarios públicos competentes para hacer valer tales disposiciones. En contraste, en ámbitos de vital importancia como el de los controles de inmisión y emisión de contaminantes atmosféricos, se mantuvo una laguna normativa durante varios decenios, hasta una muy reciente reglamentación. A esta situación debe agregarse otra gran dificultad: las diversas épocas en que se dictaron las normas y las distintas filosofías regulatorias que profesan, ha ocasionado que sean múltiples los órganos administrativos del Estado central y descentralizado, los que participan en el ejercicio de potestades de regulación ambiental.

Por otra parte, existe una inadecuada centralización de potestades en unos pocos órganos, obviándose la descentralización territorial.

Así las cosas, si bien aún permanecen sectores sin la regulación requerida, en general, es posible señalar que los factores ambientales a los cuales, modernamente se ha entendido debe someterse a regulación, efectivamente la presentan.

Por ejemplo, en lo que a la gestión del aire se refiere, se han desarrollado normas que regulan los límites de emisiones desde fuentes móviles y fijas. Existen también normas para el control del ruido por actividades antrópicas.

Se han desarrollado además, disposiciones relativas a la gestión del agua, tanto superficial como subterránea, según se ha visto a propósito de lo señalado por la Sala Constitucional en el antecedente citado.

La gestión del suelo y de los desechos sólidos no ha faltado. Existen disposiciones relativas a su uso y conservación, manejo de la zona marítimo terrestre, manejo de desechos sólidos ordinarios y especiales, sistemas de tratamientos de desechos sólidos, etc.

Se ha avanzado también en la gestión de las amenazas, sean éstas naturales o antrópicas, lo cual se ha hecho mediante disposiciones en materia de prevención de incendios forestales, derrames de sustancias tóxicas peligrosas, plaguicidas, sustancias radioactivas, etc.

En lo que a la gestión de la flora y fauna (biotopos), existe regulación en torno a las categorías y manejos de áreas de protección, humedales, uso y explotación de la flora y fauna silvestre, pago de servicios ambientales del bosque y finalmente, se han dispuesto regulaciones en el

[165] Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 2004-1923 de las catorce horas con cincuenta y cinco minutos del veinticinco de febrero del dos mil cuatro.

campo del paisaje y recursos culturales, relativas a la protección de recursos paisajísticos, sitios arqueológicos y de patrimonio cultural e histórico.

La filosofía de la evaluación de impacto ambiental ha permeado, profundamente, el régimen ambiental costarricense a partir de la vigencia de la Ley Orgánica del Ambiente.

El proceso de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) abarca tres etapas principales, que son:

1. Evaluación Ambiental Inicial (EAI)
2. Estudio de Impacto Ambiental (EsIA)
3. Gestión Ambiental del proyecto en ejecución (SG)

Las primeras dos etapas se realizan de previo al inicio de actividades del Proyecto, es decir, durante una fase "ex-ante". Su objetivo principal, es que el Proyecto incorpore todas las medidas ambientales dentro de su diseño final, de forma tal que su desarrollo implique una situación de equilibrio ambiental o ecológico con su entorno.

De acuerdo con los procedimientos establecidos en el Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental de Costa Rica (Decreto Ejecutivo No. 31.849 – MINAE – S – MOPT – MAG – MEIC, publicado en La Gaceta No. 125, del 28 de junio del 2004), la etapa de la EAI tiene como finalidad identificar la situación de Significancia de Impacto Ambiental (SIA) de la actividad, obra o proyecto en cuestión. Si dicha SIA es de tipo alto, el proyecto califica como de tipo A y por tanto deberá pasar a la etapa del Estudio de Impacto Ambiental (EsIA). En este caso, la etapa de EAI genera dos resultados adicionales:

1. Otorgamiento de la Viabilidad Ambiental Potencial (VAP), y
2. Establecimiento de los Términos de Referencia (TER) para la elaboración del EsIA.

Para otro tipo de proyectos, que no califican como de tipo A, la ruta de decisión que define el Reglamento indicado es diferente[166].

La obtención de la Viabilidad Ambiental Potencial (VAP) representa la consecución de una importante meta para el Proyecto, en razón de que la misma representa un primer visto bueno que otorga el Estado, por medio de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (la SETENA) respecto al sitio en donde se plantea, y también las características generales de éste. Con la Resolución que otorga la VAP, el Proyecto puede iniciar otros procedimientos de autorización de la actividad ante otras autoridades del Estado.

Por su parte, el disponer de los TER permitirá conocer el alcance que la SETENA desea que tenga el Estudio de Impacto Ambiental (EsIA) y por tanto el grado de detalle y profundidad debe tener el mismo.

Una vez definidos tales alcances, según lo dispone el artículo 45 del citado Reglamento, el interesado deberá proceder a confeccionar el respectivo EsIA, y someterlo a revisión técnica de la SETENA, procedimiento en el cual se debe cumplir con una consulta pública mediante la comunicación del inicio de esta fase del procedimiento, para que todo interesado que así lo desee, se pronuncie en torno la proyecto.

Cumplido el procedimiento de revisión técnica, la SETENA deberá adoptar una resolución administrativa en la cual se decidirá en forma definitiva, en torno a la viabilidad ambiental del proyecto. De decidirse positivamente, la resolución deberá detallar los lineamientos y directrices ambientales de compromiso, entre ellos, el cumplimiento del Código de Buenas Prácticas Am-

[166] Según el artículo 6 del Reglamento, existen las categorías B, B1, B2 y C, según sea el nivel de impacto ambiental potencial.

bientales, desarrollo e implementación de los Instrumentos de Control y Seguimiento Ambiental, lo que incluye el nombramiento de un responsable ambiental, registro del proceso ambiental por parte de éste y la preparación de informes ambientales.

Se define además, en su caso, el monto de una garantía ambiental que cubre eventuales daños ambientales generados por la actividad y en el caso de los proyectos de tipo A, se exige además la conformación de una Comisión Mixta de Monitoreo y Control Ambiental.

En cuanto a la fase ex post, dispone el Reglamento la necesidad de someter los proyectos a medidas de control y seguimiento ambiental de las actividades. Esto comporta inspecciones ambientales de cumplimiento –art.48–, auditorías ambientales –art.49– y una calificación de la calidad ambiental de las actividades, obras o proyectos –art.50–.

Como se ve, se ha diseñado un complejo procedimiento de control ambiental que incluye medidas de tipo preventivo –ex ante– y de vigilancia –ex post– tendientes a asegurar que el desarrollo de actividades, obras o proyectos, se haga de forma sostenible con el ambiente.

XV. BIENES PÚBLICOS

Para establecer qué se ha entendido por bienes del dominio público en el medio costarricense, es preciso acudir a la jurisprudencia de la Sala Constitucional, tribunal que en forma reiterada ha entendido que está integrado por aquellos bienes a los cuales el legislador ha definido un destino especial de servicio a la comunidad[167].

Se trata por ello, de bienes salidos del comercio de los hombres de carácter inalienable, imprescriptible, inembargable, susceptibles de ser puestos a disposición de los particulares, únicamente, mediante un derecho precario de aprovechamiento.

Otra de las particularidades de estos bienes, consiste en la posibilidad de que su posesión sea recuperada mediante la acción administrativa directa, es decir, es posible que la Administración adopte medidas por sí misma, con el objeto de despojar la posesión ilegítima de estos bienes[168].

Ahora bien, en el marco de esa definición jurisprudencial, cabe hacer distinciones. Es decir, no todo bien estatal cae dentro de la noción de bien del dominio público. Esto a su vez hace que, no todos los bienes del Estado, son "*inalienables, imprescriptibles, inembargables*".

Así lo ha entendido la Procuraduría General de la República, al establecer, en diversos pronunciamientos, una distinción conceptual conforme a la cual, existe un dominio público necesario y un dominio público accidental. El primero, es aquel caracterizado por la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad ya apuntadas. En el caso del segundo, se trata de aquellos bienes que no resultan indispensables para la acción administrativa y que integran el dominio privado de la Administración[169].

A nivel constitucional, es posible encontrar disposiciones referidas al dominio público necesario. Se trata de lo señalado por el artículo 121 inciso 14), norma que establece procedimientos de

[167] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 2306-1991, de las 14:45 horas del 6 de noviembre de 1991.

[168] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 2725-94 de las 15:18 horas del 9 de junio de 1994.

[169] Procuraduría General de la República, Dictamen C-077-1999 de 21 de abril de 1999. En el mismo sentido, véase OJ.002-2002 de 9 de enero de 2002.

tipo legislativo agravado, para admitir la explotación por particulares, de las fuerzas de las aguas de dominio público, yacimientos de carbón, petróleo y todo tipo de sustancias hidrocarburadas, así como los servicios inalámbricos[170].

A nivel infraconstitucional, la regulación es escasa. De hecho, se extraña una regulación integral en el tema. Es tan sólo en el decimonónico Código Civil, de clara inspiración napoleónica, donde se encuentra disposiciones relativas al dominio público. Se trata de los artículos 261 y 262[171].

No se conoce, en el medio, procedimiento alguno de desafectación, se ha entendido por ello, que existe una clara reserva legal en la materia. De esta forma, si corresponde al legislador afectar al dominio público un determinado bien, sólo el legislador ordinario podrá decidir su desafectación, producto del Principio del Paralelismo de las Formas.

[170] Dice la norma,

"Artículo 121

Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa:

14) Decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación.

No podrán salir definitivamente del dominio del Estado:

a) Las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional;

b) Los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo, y cualesquiera otras sustancias hidrocarburadas, así como los depósitos de minerales radioactivos existentes en el territorio nacional;

c) Los servicios inalámbricos.

Los bienes mencionados en los apartes a), b) y c) anteriores solo podrán ser explotados por la administración pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa.

Los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales estos últimos mientras se encuentren en servicio no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado".

[171] Dicen las normas "*Código Civil Nº 63 del 28/10/1887*

Artículo 261.–

Son cosas públicas las que, por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público.

Todas las demás cosas son privadas y objeto de propiedad particular, aunque pertenezcan al Estado o a los Municipios, quienes para el caso, como personas civiles, no se diferencian de cualquier otra persona".

Artículo 262.–

Las cosas públicas están fuera del comercio; y no podrán entrar en el, mientras legalmente no se disponga así, separándolas del uso público a que estaban destinadas".

EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN CUBA

A MODO DE INTRODUCCIÓN

Este trabajo no pretende, ni por asomo, completar la ardua tarea dogmática que el amigo y compañero profesor Santiago González-Varas ha diseñado como esquema programático para la ardua obra colectiva en curso, a quien, dicho sea por anticipado, agradezco haya depositado su confianza en mí para el enfoque administrativista correspondiente a Cuba. No por ello es desdeñable un esbozo –y subrayo el término– de análisis del Derecho Administrativo y de las instituciones de la Administración Central del Estado en la mayor de las antillas del Caribe para este libro, intentándose en cada uno de los apartados aquí expuestos que el lector tenga un conocimiento rápido y conciso de los puntos tratados, de un modo ameno y no farragoso. Conocido es, y no por ello huelga reiterarlo, que el Derecho Administrativo suele sor poco entretenido como literatura jurídica y no menos aburrido como contenido intelectual y docente, motivo por el cual el esfuerzo que aquí se expone es, y se me antoja ahora decirlo, doblemente arduo. Por un lado, resumen veloz de un análisis jurídico que en el tiempo que el coordinador de esta obra puso en mi conocimiento no era posible acelerar (causa no imputable a su persona sino al destino que nos puso el uno en contacto con el otro a destiempo para los fines aquí previstos), y, en segundo término, la escasa bibliografía que la materia administrativa ha tenido por parte de las autoridades académicas cubanas, en los últimos treinta años, no prolijándose la misma en las esferas ni educativas ni doctrinales de la isla.

I. EVOLUCIÓN Y MODELO REGULATIVO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, BASE CONSTITUCIONAL Y CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y FUENTES

El Derecho administrativo en Cuba actual tiene como esquema fundamental de su estructura y funcionamiento el modelo soviético o del llamado "socialismo real" vigente en la isla desde la declaración formal de estado socialista en la primavera (Abril) de 1961, y que concluyó en el proceso de institucionalización político que se formalizó con la Constitución socialista de 1976. Si bien es cierto que a raíz de la caída del Muro de Berlín y del Consejo de Ayuda Mutua Económica, CAME, (que sostuvo durante más de 30 años una economía de manutención y deficitaria, monoproductora y monodependiente, por requerimiento expreso de dicho Consejo) y de ese concierto de naciones socialistas de la Europa del Este, consiguientemente también de la extinta URSS que era el motor propulsor de todas ellas, Cuba procedió a adaptarse a su nueva

situación de "independencia" de Moscú, entrando de plano como una nación más sin privilegios en el mercado libre globalizado, ello no ha sido óbice que para en su esencia los principios rectores del Derecho Administrativo en la isla no sean otros que los que heredó del cordón umbilical político socialista, con los retoques propios de los nuevos tiempos que imponen objetivamente la realidad jurídica de ese país, y que no ha dejado de ser otra que la antes enunciada.

Es necesario, para su mejor comprensión, dividir su evolución en tres períodos fundamentales.

a) El primero, desde 1517 a 1898, época en que Cuba es colonizada e incorporada al imperio español como provincia de ultramar, constituyendo uno de los pilares fundamentales de dichas colonias hispanas en el continente americano como la mayor de las antillas del Caribe, ocupando una posición estratégica fundamental como vaso comunicante entre los dos hemisferios americanos. Evidentemente toda la urdimbre legal administrativa cubana venía importada de la capital de España que legislaba y ordenaba por medio de un Ministerio de Ultramar toda la vida social, política, económica y administrativa del país, haciendo, por tanto, suyas –al mismo tiempo cual provincia– toda la demás normativa legal imperante en la península.

b) El segundo período, desde 1898 (año en que se produce la independencia cubana de España) hasta el 1 de Enero de 1959 (fecha en que se instaura la revolución popular liderada por Fidel Castro Ruz contra la dictadura de Fulgencio Batista Zaldívar que se aúpo al poder por un golpe de estado en 1952), es un período corto porque la República de Cuba se formaliza el 20 de Mayo de 1902 con la promulgación de la Constitución de 1901 que llenaba de contenido la vida independiente de la isla. De este modo se ponía fin al período de ocupación norteamericana que duró de 1898 hasta el año 1902, y que trajo su causa dicha presencia de Estados Unidos a partir de su inclusión en la guerra hispano-cubana-norteamericana, iniciada en 1895 por los independentistas cubanos, que dirigió hasta su prematura muerte en combate el poeta-libertador José Martí y Pérez. Aún siendo escasamente un interregno temporal de casi 60 años, la república cubana de 1902 a 1959 mantuvo gran parte de la legislación sustantiva y adjetiva heredada de la metrópoli española, e incorporó, por añadidura jurídico–intelectual patria una abundante legislación autóctona para regular el ordenamiento legal en la nueva etapa de independencia. Este caso particular es único en la Historia jurídica de América porque Cuba fue el único país separado de España que mantuvo íntegramente en su época independiente gran parte de la legislación que heredó del Derecho español. Concretamente, el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Código de Comercio, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (el Código Penal que se heredó de España fue cambiado por el Código de Defensa Social que mantuvo principios muy similares, por no decir idénticos, del que había sido derogado de la época colonial) y la Ley Hipotecaria con su Reglamento, por citar las más importantes, y por no entrar en las instituciones concomitantes a aquéllas que pervivieron a tan abrupto cambio infraestructural; esto es, el sistema notarial, de registros mercantiles y de la propiedad, carrera judicial tasada por oposiciones a su cuerpo, colegios de abogados y procuradores, y un prolongado etcétera que demostró con ese devenir la idoneidad del ilustrismo legal español de finales del siglo XIX.

Ello acredita, igualmente, si se me permite decir, dos puntos fundamentales que al día de hoy en España podemos, sin ánimo de orgullo que no de vanidad, presumir de aquél ordenamiento: a) las leyes que Cuba tenía provenientes de su metrópoli eran francamente válidas para su sistema jurídico institucional, no sólo como provincia de ultramar, sino como país independiente que sería un día; y b) las leyes que España aprobó para sí misma resistieron concretamente el embate del declive del imperio español de ultramar, la abolición de la monarquía, una guerra civil con las

consecuencias tangenciales de la Segunda Guerra Mundial, una dictadura y una democracia en la que actualmente vivimos, quedando prácticamente incólumes desde el siglo XIX que fueron prescritas hasta el día de hoy, inicios del siglo XXI. La Cuba independiente, a diferencia de otras naciones iberoamericanas, no renunció a su raíz legal heredada de España, nunca hizo ascos o resquemores chovinistas de puritanismo intelectual-jurídico-patrio contra un ordenamiento que le había granjeado una situación económica envidiable, y que, en sintonía con ello, acreditaba probada idoneidad para regular la vida de esa nación aspirante en convertirse en un incipiente estado de Derecho a principios del siglo XX. En lo concerniente al Derecho Administrativo en esta segunda parte, ha de advertirse que fue ciencia que sí sufrió un cambio radical, toda vez que una nación que acaba de crearse e independizarse de otra se fundamenta en instituciones de poder que no pueden arrostrar las que pretéritamente fueron derogadas como consecuencia de una guerra, máxime, como sabe el lector, que administrar implica regular el modo de establecer las bases del ejercicio del poder por parte del Estado, y, por consiguiente, ese *ad ministerium* debe y tiene que ser nuevo, aún cuando en la sustancia conserve principios o conceptos que devienen básicos en la *autoritas* administrativa. De tal guisa, Cuba modificó todo el sistema administrativo heredado de España, y en su nueva legislación de esta materia sentó su anclaje en la Constitución de 1901 y posteriormente en la de 1940, estableciendo una norma sustantiva y otra adjetiva para el ordenamiento administrativo y su jurisdicción contenciosa, conservando los mismos pilares dogmáticos y estructurales del Derecho Administrativo cual ciencia, que fue diferida a Cuba en su período de provincia (en Cuba se le denomina "colonia") de España.

Es oportuno por justicia indicar que, a pesar de que muchos han divulgado sin fundamento alguno sobre la acogida conveniente del derecho anglo-sajón o *Common Law* para que imperase subrepticiamente en la isla durante la ocupación de 1898 a 1902, por su acreditada eficacia en Estados Unidos de América, Cuba en ningún momento aceptó esta peregrina posibilidad, ni tampoco perdió su tejido sistemático de Derecho latino o romano-francés (como sí ocurrió con Puerto Rico y Filipinas), a pesar de la ingente influencia económico-política que ejercían y siguieron ejerciendo los Estados Unidos sobre la isla en su período republicano de 1902-1959.

c) La tercera parte, empieza en 1959 y llega hasta nuestros días. La característica más importante del sistema administrativo cubano es el modelo autocrático, jerárquico-centralizado y verticalista que se importa del sistema soviético, con una débil base Constitucional dimanante de la carta magna de 1976, y que luego en dos períodos de reforma constitucional en la década del 90 y principios del siglo XXI, se ha sustentado el sistema legal administrativo imperante en Cuba.

Es menester indicar que en Cuba no se ha dado ni se tiene un concepto claro de lo que es realmente el Derecho Administrativo bajo el prisma que se ostenta en Europa y en las naciones iberoamericanas donde impera un Estado de Derecho más o menos consolidado. Precisamente por carecer esta disciplina de un desarrollo doctrinal autónomo, esto es, en lo político, por moverse en el principio de necesidad-salvaguarda de la supervivencia revolucionaria contra los "ataques y avatares del imperialismo yanki" contra la isla, lo que hace que la norma administrativa sea rígidisima, en tanto en cuanto inamovible cuando el Estado o Administración impone y dispone una medida coactiva-coercitiva con el fin de dar cauce a lo que entiende como baluarte ideológico de la Revolución bajo el apotegma de un bien social o fin social superior (por ejemplo, las expropiaciones forzosas de viviendas, fincas rústicas, bienes mobiliarios, etc., que se realizan para satisfacer las necesidades de la clase obrera y/o de la solvencia económica de las empresas del Estado ante presumibles crísis), y, por otra parte, en lo estrictamente jurídico, porque no existen instituciones administrativas judicialmente independientes del Estado legisla-

dor-sancionador que permitan un devenir jurisprudencial donde la administración haya sido condenada por haber cometido un acto, haber aprobado una norma o haber infringido un principio normativo suficiente para que el administrado pueda alzarse con una victoria contundente (el Estado socialista es invencible), y porque no goza dicha ciencia en la isla del principio de presunción de igualdad de partes en ninguna de las escalas de acción adjetiva judicial. En el orden del Derecho Administrativo se garantiza el principio de audiencia pública, con el concomitante principio de publicidad, el principio de contradicción, y el principio de subsidiariedad. No así el principio de igualdad de partes administrado-administración, donde, como ya hemos dicho, el ente público goza de mayores y mejores condiciones en la defensa de sus intereses respecto a un particular.

II. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO Y LOS MUNICIPIOS

Cuba tiene una división político-administrativa formada por catorce provincias y 169 municipios; las provincias son: Pinar del Rio, La Habana, Ciudad de La Habana (capital), Matanzas, Cienfuegos, Ciego de Avila, Las Villas, Camagüey, Sancti-Spíritus, Las Tunas, Granma, Santiago de Cuba, Holguín, Guantánamo, y un municipio especial denominado Isla de la Juventud (antes Isla de Pinos). La Administración Central del Estado se ejerce desde Ciudad de La Habana, siendo la isla una república presidencialista dirigida por un único Jefe de los Consejos de Estado y de Ministros, con un sólo partido político legal ("fuerza dirigente y rectora de la sociedad", como lo califica la propia Constitución de 1976) llamado Partido Comunista de Cuba, cuyo Secretario General es el mismo presidente-primer ministro antes dicho, siendo también Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas Revolucionarias (Ejército), y, como resulta evidente, se trata de una sola persona: Fidel Castro Ruz. Las elecciones se realizan cada cuatro años mediante la elección de los diputados a las Asambleas Municipales, Provinciales y Nacional del Poder Popular, quienes, desde ese orden jerárquico legislativo piramidal, eligen al presidente de los Consejos de Estado y de Ministros (sistema de compromisarios, donde no hay elección directa al candidato por parte del pueblo que concurre a las urnas), quien ha sido previamente propuesto unigénitamente por el PCC a esos diputados electos. Cuba no acepta la tripartición de poderes formalmente aceptada por todos los estados de Derecho del mundo, sino que define constitucionalmente que todo el poder del Estado dimana de la clase obrera a la que eufemísticamente asigna el término "poder popular".

El poder administrativo se ejerce desde la base por medio de las Asambleas Municipales del Poder Popular (lo que vendría siendo el homónimo español de las alcaldías), luego en instancia superior por las Asambleas Provinciales del Poder Popular (similar español de las comunidades autónomas en la época democrática actual, y su corolario franquista de gobernadores de provincia), y la Asamblea Nacional del Poder Popular (parlamento o congreso de los diputados, que elige al presidente de la república). Las asambleas populares de municipio, provincia y nación no permiten la postulación directa de diputados que no sean miembros del Partido Comunista de Cuba, no porque la norma directamente lo prohíba, sino porque es materialmente imposible que un disidente al régimen vigente pueda postularse libre y voluntariamente en dichas elecciones asamblearias sin contar con el respaldo político que permita esta aspiración. La promulgación de las leyes sigue igual camino que el de las elecciones a las meritadas asambleas populares; teóri-

camente la propuesta parte de la base (a instancias siempre del PCC, y previa fiscalización jurídico-política de la oficina o departamento legislativo de la Asamblea Nacional). Lo normal y mayoritario es que las leyes cubanas sean prácticamente Decretos-Leyes, esto es, que se gobierne legislativamente a golpe de disposición ejecutiva del Consejo de Estados y/o del Consejo de Ministros, rara vez por iniciativa parlamentaria, y no a debate libre o abierto. En más de cuarenta y cinco años de revolución (1959-2005) no se ha producido jamás la impugnación de una ley por ningún parlamento o asamblea (nacional, provincial o municipal), ni mucho menos existe la posibilidad de actuar judicialmente contra dicha ley cuando pueda vulnerar algún tipo de norma de rango superior ya establecida.

No existe Poder Judicial independiente, toda vez que los Jueces y Fiscales tienen que ser obligatoriamente miembros del Partido Comunista de Cuba, y a ese efecto son designados (previo curso-examen electivo) para ocuparse de estos menesteres, concretamente, defender y proteger la legalidad socialista. Resulta sorprendente que la legalidad en Cuba tiene un apellido: "socialista", por lo que cualquier cosa, acto, acción, omisión y/o negligencia que implique un peligro a la pervivencia de esa legalidad socialista, automáticamente queda encuadrada/o en un acto punible, proscrito y perseguible de oficio. Lo más asombroso, por no decir absurdo, es que los abogados, además de tener una condición cuasi-funcionarial y para nada independiente, según la normativa de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos a la que están obligados a pertenecer para poder ejercer su profesión (nunca por cuenta propia o autónomamente), les viene exigida la obligación de denunciar y poner en conocimiento de los fiscales y jueces la existencia de actos delictivos "anticomunistas" o "antisocialistas" protagonizados por sus propios defendidos, so pena de incurrir ellos mismos en delito contrarrevolucionario. Los Tribunales también se organizan en municipales: Tribunal Municipal Popular (primera instancia-se insta y dicta justicia), provinciales: Tribunal Provincial Popular (segunda instancia-apelación) y nacional: Tribunal Supremo Popular (última instancia-casación de sentencias, revisión y ejecución de sentencias extranjeras). No existe Tribunal de Cuentas, ni Tribunal Constitucional, ni Tribunal Económico-Administrativo. El Estado se fiscaliza, controla y vigila a sí mismo, por lo que queda abortada cualquier posibilidad de que un particular o ciudadano anónimo tramite con éxito un procedimiento en lo contencioso administrativo. Toda la legislación administrativa cubana en el área de lo contencioso o litigioso se encuentra enmarcada dentro de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, para más añadidura de despropósito legal, conjuntamente con el procedimiento del trabajo. Esta ley se llama Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral (LPCAL por sus iniciales), que, como más adelante veremos, aglutina un similar u homogéneo sistema procidimental para materias tan dispares entre sí.

III. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, EL ACTO ADMINISTRATIVO, SU EJECUCIÓN, PRINCIPIO DE AUTOTUTELA, LOS RECURSOS EN VÍA ADMINISTRATIVA. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

El procedimiento administrativo cubano se fundamenta en la LEY DE PROCEDIMIENTO CIVIL ADMINISTRATIVO Y LABORAL (popularmente LPCAL, Ley No. 7 de 19 de Agosto de 1977). El Cuba no existen los Juzgados o Tribunales de lo Contencioso-Administrativo con carácter autónomo o independiente del control político del Estado por el motivo de afiliación

doctrinaria-partidista que les viene obligada a jueces y fiscales, esto es, PCC, ni muchos menos diferenciado de los tribunales ordinarios (civiles ni laborales), sino que en los Tribunales Populares, ya sean municipales, provinciales y/o supremo hay Salas de lo Administrativo a quien corresponde el conocimiento y enjuiciamiento de las acciones correspondientes a la materia en curso, toda vez que, como ya hemos dicho, un solo cuerpo normativo regula el sistema procesal de encausar las acciones en el orden adjetivo que canalizan las pretensiones sustantivas, respecto a la acción efectiva de los tribunales de justicia. Esta situación evidentemente desvirtúa y desnaturaliza la función pública de dicho ejercicio, perjudicando seriamente no sólo la independencia de estos órganos judiciales, sino también la efectividad de una justicia racionalmente adecuada, válida y cierta para las pretensiones de cualquier súbdito cubano, sea persona física o jurídica, ante una situación de perjuicio, daño o afección que deba ser canalizada por la vía contenciosa-administrativa (en lo que aquí respecta señalar), siempre que evidentemente haya sido la Administración quien haya incoado la acción que de origen o traiga causa a la referida pretensión.

Permítaseme decir que la LPCAL vigente en Cuba comprende, respecto al procedimiento administrativo, la segunda parte de dicho cuerpo, dedicándole ni más ni menos la impropia cantidad de treinta y siete artículos (¡!), del 654 al 691, y todo esto para resolver y dar sustento a los cientos que no miles de conflictos que ordinariamente y con carácter anual genera la Administración cubana contra y/o afectando, de modo directo o indirecto, a los administrados. A modo más o menos ilustrativo de lo que nos depara dicha LPCAL, no nos debe ni puede sorprender las mínimas o casi nulas garantías que se generan a lo largo de esos 37 artículos para que el administrado (en España usamos con más idoneidad el término "ciudadano") pueda hacer valer sus derechos de un modo efectivo y cierto contra la Administración. Tampoco conviene sorprendernos, para tomar un ejemplo concreto de un acto propiamente administrativo, el hecho de que respecto a la figura de la Expropiación Forzosa –caballo de batalla jurídico más importante de todo sistema autocrático socialista, y, en fin de cuentas, lo que más duele o afecta a los administrados– encontremos dicha tramitación dentro de la propia LPCAL, fuera del orden relativo a los procedimientos administrativos propiamente dichos (¡lo encuadra el legislador cubano en la parte civil de dicha norma!), sin darle por consiguiente rango de ley independiente, y sin tener para mayor abundamiento un desarrollo reglamentario o procesal distintivo del resto de las acciones administrativas ordinarias.

No quedando ahí el despropósito indicado, es mucho más convincente que entremos sin más en dicha LPCAL para hacernos una idea más completa de lo que nos encontramos respecto a la competencia administrativa cubana. De la mentada segunda parte, título primero, capítulo primero (De la Jurisdicción), en el artículo 657 se dice:

"ARTÍCULO 657. No corresponden a la jurisdicción administrativa las cuestiones que se susciten con relación a las disposiciones que emanen de una autoridad competente concerniente a:

1. la defensa nacional, la seguridad del Estado, el orden público y las medidas adoptadas en circunstancias excepcionales para salvaguardar los intereses generales;
2. las transacciones en divisas o valores extranjeros y el control de cambios;
3. la planificación de la economía nacional;
4. las materias constitucionales, civiles, penales, laborales y de seguridad social;
5. el ejercicio de la potestad discrecional.

Tampoco pueden ser objeto de controversia administrativa los acuerdos del Consejo de Estado y del Consejo de Ministros".

Fíjese el lector qué pocas posibilidades tiene el administrado cubano de poder encaminar sus pretensiones en el orden procidimental contra las actuaciones de la Administración, que, dicho sea, tienen un rango potestativo absoluto en tanto en cuanto sean encuadradas en cualesquiera de las opciones de blindaje legal que el legislador les ha proporcionado, principalmente, aquellas concernientes a las materias constitucionales, civiles, penales, laborales y de seguridad social. ¿Sobre qué materias cabe, pues, litigar en lo contencioso-administrativo contra la Administración del Estado Socialista cubano? La respuesta es evidente: contra ninguna. Esto, por tanto, vacía de contenido y *ratio legis* al Derecho Administrativo cubano de las garantías legales que cualquier estado de Derecho moderno proporciona a sus ciudadanos contra las actuaciones arbitrarias de la Administración, sean cuales sean las materias que obstruyen las garantías de defensa y satisfacción de aquéllos contra las acciones incoadas por el primero.

Resulta no menos sorprendente el artículo posterior, es decir, el 658 cuando dice:

"ARTÍCULO 658. La jurisdicción administrativa conocerá en todo caso de las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, aún cuando ésta se derive de la ejecución de cualquiera de las disposiciones a que se refiere el artículo anterior".

Por tanto, apréciese el principio de arbitrariedad de la Administración que, cuando se ponga en peligro el patrimonio de ella bien sea por error, omisión, negligencia o culpa de cualquier actuación de una "autoridad competente" que afecte, menoscabe o perjudique patrimonialmente a la propia Administración, ésta ¡será competente, precisamente, en aquéllas materias donde no lo es el administrado-ciudadano!, por lo que el factor crematístico económico de la Administración queda a salvo de cualquier afección que se produzca por un tercero, evidentemente también "autoridad", que falle o disponga algún tipo de acto y/o resolución que verse sobre cuestión patrimonial y sea perjudicada esa misma Administración. No sólo, pues, queda blindada la Administración de no ser atacada por ciudadano alguno en materias tan espinosas como las expresadas en el apartado 4 del artículo 657, sino que también la propia Administración se salta "a la torera" sus propias inhibiciones competenciales cuando se pone en juego algo relativo a su patrimonio. ¿Podría ser extensiva esta misma potestad para un ciudadano-administrado cuando se ponga en juego o afecte su patrimonio en cualesquiera de las materias prohibidas para litigar en lo contencioso-administrativo? Pensamos que no, sería un notorio eufemismo porque si algo perjudica realmente a cualquier persona física o jurídica es que la Administración perjudique su patrimonio o afecte su integridad, y, para ello, no se habría bloqueado cualquier opción de ataque mediante demanda para defender por parte de un particular la afección patrimonial producida por la Administración en las materias que precisamente prohíbe que se le ataque.

Esto demuestra una cuestión más que notaria, a todas luces inconstitucional en cualquier estado democrático moderno: que la Administración aplique una norma embudo donde no permite ataque alguno en las materias donde, lógicamente, estos estados abren espitas de defensa contencioso-administrativa en evitación de abusos o situaciones de indefensión contra los ciudadanos sujetos a esas leyes, y, para mayor despropósito, abra en sentido inverso ese mismo embudo a su favor, cuando, por cualquier motivo ajeno a su control –dislate de otra autoridad competente–, se ponga en juego o afecte el patrimonio administrativo. Por tanto, no se da aquí

el principio de la autotutela para que la Administración corrija sus arbitrariedades, errores o injusticias jurídicas, sino que esa misma autotutela, lejos de servir para no perjudiciar a terceros (especialmente los ciudadanos-administrados) se ejercita precisamente para evitar que por algún tipo de imaginamos error o descontrol alguien afecte el patrimonio de la Administración, siendo, por tanto, ejercitable la autotutela administrativa contra sus propios actos y en materias especialmente prohibidas acciones tendentes a no afectar económicamente a la Administración. Concomitantemente, la autotutela que ha de servir precisamente para lo contrario, en Cuba se pone en marcha para dar aún más poder a la Administración respecto a los administrados.

Los recursos en la vía administrativa se formalizan, como ya dijimos, en las salas de lo Administrativo, que en Cuba no están separadas sino unidas a la Sala de lo Civil en las tres instancias de trámite, y se presentan en los tribunales municipales, provinciales y supremo populares. Veamos ahora quiénes están legitimados para actuar y qué actos son susceptibles de impugnación, por ese orden. Título II, De la Legitimación:

"ARTÍCULO 666. Están legitimados para el ejercicio de la acción administrativa:

1. si se pretendiese el restablecimiento y reconocimiento de una situación jurídica subjetiva únicamente el titular de un derecho derivado de una disposición legal que se considere vulnerada por la resolución impugnada;

2. la Administración contra su propia resolución firme que haya creado un derecho de carácter subjetivo, siempre que el órgano supremo de la jerarquía administrativa o el Comité Ejecutivo del órgano provincial o municipal del Poder Popular de donde emanase aquélla haya declarado, en resolución fundada, que la misma es lesiva a los intereses públicos al objeto de impugnarla en la vía jurisdiccional. Esta declaración deberá hacerse dentro del plazo de tres meses a contar de la fecha en que hubiere sido dictada la resolución.

Ninguno de los órganos inferiores podrá impugnar, por sí mismo, las resoluciones de la Administración".

Es bastante incompleta la posibilidad que da el término relación jurídica subjetiva, en tanto tipifica únicamente la opción de litigar contra la Administración cuando se está en una situación de este tipo respecto a aquélla. Eso es lógico y está bien porque es lo que más inmediatamente puede afectar al administrado, pero deja fuera infinitas opciones contrarias a ella. Primero, porque la propia ley adjetiva no la define, y, segundo, porque esta perspectiva dejaría fuera de la acción contenciosa las relaciones jurídicas objetivas que son las que en sentido general perjudican a los ciudadanos-administrados, esto es, relaciones jurídicas en las que ellos no tienen relación directa como sujetos de la misma, sino que como terceros generales afectados se ven imposibilitados de actuar contra las disposiciones administrativas de esta tipología. Pongamos por ejemplo que se dicta una norma manifiestamente injusta porque vulnera un principio general de Derecho, evidentemente, aquí no hay una relación jurídica subjetiva sino objetiva, por parte del Estado sancionador-legislador, entonces los afectados –toda vez que no han interactuado directamente en relación directa alguna– no podrían impugnar la disposición administrativa por no tener configurado el aspecto subjetivo de la relación jurídica preestablecida.

En cuanto al Título III, De los Actos Impugnables, el artículo 670 establece:

"ARTÍCULO 670. El proceso administrativo podrá promoverse únicamente:
1. contra las disposiciones de carácter general no excluidas expresamente conforme al artículo 657, cuando proceda;
2. contra las resoluciones que no sean susceptibles de ulterior recurso en la vía administrativa, ya sean definitivas o de trámite, si éstas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto de tal modo que pongan término a dicha vía o hagan imposible su continuación".

Manifiestamente contradictorio es este artículo con el de la legitimación toda vez que una disposición de carácter general precisamente no es aplicable –al menos no en toda su extensión– a una relación jurídica subjetiva si expresamente no viene así definida, encuadrándose más bien en los tipos de relaciones jurídicas objetivas las supradichas disposiciones de rango general, por lo que el administrado no sabría si, aún siendo un acto impugnable, por no encontrarse legitimado subjetivamente para promover la acción contencioso administrativa, se vería imposibilitado de poder incoar la acción procesal pertinente.

IV. LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN, EL SERVICIO PÚBLICO Y LOS MERCADOS DE INTERÉS GENERAL (LIBERALIZACIÓN, PRIVATIZACIÓN Y REGULACIÓN)

Debemos advertir que los contratos suscritos por los particulares, léase ciudadanos-administrados, u otras empresas no estatales, por ejemplo, las que se han dado por conocer como "mixtas" (*joint-ventures* o unión temporal de empresas, diríamos en España) de capital extranjero y capital estatal cubano, celebrados con la Administración en Cuba pueden ser enormemente peligrosos, por no decir inseguros o casi nada fiables en lo concerniente a la defensa de su cumplimiento, y la concomitante satisfacción de daños y perjuicios para la parte que resulte perjudicada –normalmente la extranjera– por su falta de observancia, cuando por ello se vea en la necesidad de instar su resolución como consecuencia de un acción administrativa que le afecte o deje sin contenido, vigencia o aplicación dicho contrato. En Cuba, a pesar de que el Estado es responsable único y directo de organizar todo el sistema económico del país, sus empresas, y demás actividades vinculadas a éstas, la Administración Central no se hace responsable de las obligaciones, deudas, conflictos, gravámenes y/o perjuicios provocados por dichas entidades estatales hacia terceros, sean éstos los propios ciudadanos-administrados o cualquier otra entidad mixta o puramente extranjera con presencia en Cuba. De esta guisa, no existe la responsabilidad civil patrimonial subsidiaria del Estado cubano como consecuencia de las actuaciones de sus empresas, organismos o instituciones, ni a nivel interno ni externo, por lo que se protege la Administración con la indemnidad legal absoluta en evitación de cualquier demanda contencioso-administrativa por irresponsabilidades de aquélla, máxime, para mayor desasosiego jurídico del perjudicado, cuando todo el sistema gira precisamente en torno a la intervención del Estado y sus empresas en el entramado socio-económico del país. Dice a este efecto el artículo 17 de la Constitución cubana:

"ARTÍCULO 17. El Estado administra directamente los bienes que integran la propiedad socialista de todo el pueblo; o podrá crear y organizar empresas y entidades encargadas de su

administración, cuya estructura, atribuciones, funciones y el régimen de sus relaciones son regulados por la ley.

Estas empresas y entidades responden de sus obligaciones sólo con sus recursos financieros, dentro de las limitaciones establecidas por la ley. El Estado no responde de las obligaciones contraídas por las empresas, entidades u otras personas jurídicas y éstas tampoco responde de las de aquél".

En lo referente a mercados de interés general (liberalización y privatizaciones) hemos considerado hacer un análisis especial por su interés, dado que Cuba es el único país socialista en el hemisferio Occidental, y, por supuesto, en toda América. Retomando lo dicho en el apartado inicial de este estudio, con la caída del "socialismo real" en la Europa del Este, URSS incluida, y el retorno de estos países a sistemas democráticos pluripartidistas con estados de derecho y plena libertad de empresa, y principalmente enfocados a su voluntad integradora dentro del concierto de naciones de la Unión Europea, Cuba pasó a un tercer o ningún lugar para aquéllos, y se encontró aislada de su entorno "político natural" al que había entrada como consecuencia de su incorporación al sistema de países socialistas del CAME. Por este motivo la mayor de las antillas se vio obligada a tener que asumir una estrategia de subsistencia que nada tenía que ver con un sistema jurídico administrativo socialista sumamente anquilosado-burocrático, piramidal-jerárquico, sin márgenes de libertad en el orden empresarial (antes de la caída del "bloque socialista" todas las empresas eran estatales), y poco efectivo o nada eficiente para satisfacer las necesidades económicas apremiantes de una población sumida en la carencia y falta de oportunidades. Esta situación provocó que la Administración abriese un perfil de entrada, eso sí muy controlada, del capital extranjero en el país mediante una innovadora norma denominada "Ley para la Inversión Extranjera en Cuba" (Ley No.77, de 5 de Septiembre de 1995, que derogó el Decreto-Ley No. 50 "Sobre Asociación Económica entre Entidades cubanas y extranjeras") tratando de "pekinizar" la isla con un modelo similar al chino pero menos aperturista, y persiguiendo en definitiva un fin similar: la entrada de divisas al país por sus propios medios y no por la subvención a fondo perdido y caritativa de los hermanos socialistas de Europa del Este.

La situación anterior provocó, en primer lugar, cambios constitucionales para abrir la puerta a nuevas formas de propiedad, concretamente el artículo 23 de dicha carta magna (admitiéndose la propiedad privada y la mixta) que antes no recogía el Código Civil –sólo contemplaba la privativa sobre bienes de uso, consumo y trabajo de naturaleza mobiliario, una única vivienda de hogar común– en casos muy excepcionales una segunda en el campo o la playa–, la estatal sobre los medios fundamentales de producción, y la cooperativa para agricultores pequeños según la última reforma agraria que dejó limitada en cinco caballerías (más o menos cinco hectáreas) la propiedad de la tierra de los particulares–; modificar en algunos casos la denominación de "comunista" que continuamente se hacía en la Constitución por la terminología de "socialista, revolucionario y/o martiano"; y cambiar formas contractuales de la Administración que antes eran imposibles de imaginar, instituyendo a la sazón al Estado como un capitalista más al ser éste quien ostente el 51% de todos los títulos-acciones de empresas mixtas con capital extranjero para la explotación de sectores estratégicos de la economía cubana.

Esta política de reformas no debe llevarnos a pensar en ningún caso que el cambio o los cambios meramente superestructurales tengan como baluarte la introducción de reformas para acelerar una transición económica del socialismo al capitalismo, al menos de Estado, conforme al exitoso modelo chino, con las subsiguientes e inevitables aperturas en el orden político, sino

que, por el contrario, se han llevado a cabo precisamente, tal y como dice el "Por Cuanto" de la referida Ley 77/95, "...en aras de preservas sus conquistas...", entendiendo por tales, las que se amparan bajo las líneas de poder que brinda el estatismo político unipartidista del régimen socialista. A diez años vista de dicha ley 1995-2005, en Cuba no se ha producido un solo cambio político ni económico que indique que esta norma ha sido para otra cosa que para proveer a las arcas vacías que dejó la caída del socialismo real en el continente euroasiático. Sin embargo, dicho novedoso artículo 23 de la Constitución, modificado en 1992 del pasado siglo XX (y que evidentemente no contenía la Constitución de 1976), tiene un enorme atractivo para el futuro jurídico del país, y dice:

"ARTÍCULO 23.– El Estado reconoce la propiedad de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas que se constituyen conforme a la ley.

El uso, disfrute y disposición de los bienes pertenecientes al patrimonio de las entidades anteriores se rigen por lo establecido en la ley y los tratados, así como por los estatutos y reglamentos propios por los que se gobiernan".

Esta modificación en cuanto a la posibilidad de tener propiedades por parte de entidades extranjeras en Cuba con protección constitucional, ajenas a las empresas estatales socialistas, cambió la monolítica estructura del régimen dominical de bienes (muebles e inmuebles) impuesto por el "socialismo real" impuesto en la isla por la herencia soviética.

En base a la mentada Ley 77/95 de la Inversión Extranjera, la Administración del Estado permite y reconoce en su Capítulo V De las Inversiones Extranjeras, que éstas adopten tres formas distintas de proceder: a) como empresa mixta; b) contrato de asociación económica internacional; y c) empresa de capital totalmente extranjero. Esta última opción es absolutamente novedosa en el sistema socialista cubano, donde, bajo ningún concepto, el extranjero podía tener el 100% de la propiedad de una empresa en Cuba. A este tenor debe recordarse que el gobierno revolucionario de Fidel Castro nacionalizó entre 1959 y 1962 mediante expropiaciones forzosas no indemnizatorias a todas las empresas norteamericanas asentadas en la isla –éste es el origen del embargo comercial de Kennedy contra Castro que hasta hoy pervive y al que el gobierno de Cuba llama "bloqueo"–, a canadienses, inglesas, españolas, etc. que se habían posicionado en el país antes de 1959, pasando todos los bienes de éstas consiguientemente a manos del Estado, que define dicha titularidad como "propiedad socialista de todo el pueblo", según la repetida Constitución vigente de 1976–).

Otra novedad muy importante es la posibilidad de Inversiones en Bienes Inmuebles contenida en el Capítulo VI de la referida Ley. Esta es otra salvedad que el sistema cubano no permitía, toda vez, que la Ley de la Reforma Urbana nacionalizó mediante el mismo método de expropiación forzosa, todos los inmuebles del país (eliminando las leyes de arrendamientos urbanos, de condominios, etc.), dejando sin patrimonio a los "casatenientes", limitándoles dicha condición dominical únicamente a una casa en la ciudad (vivienda habitual) y como mucho otra en el campo o playa (descanso o recreo): la segunda casa tiene rango excluyente, no puede haber tres a nombre de una misma persona aunque una esté en el campo y la otra en la playa. Es doblemente sugerente esta posibilidad legal actual al amparo de la indicada ley 77 del año 1995, dado que Cuba no tiene Ley Hipotecaria ni Reglamento Hipotecario, que, como sabe el lector, es la base sustantiva y adjetiva de la defensa de la propiedad, dado que el Código Civil tiene maniatadas las variantes de ejercicio de la propiedad plenas. La otra contradicción es que en Cuba no existe un

Catastro Inmobiliario de Naturaleza Urbana y Rústica que permita la defensa del título dominical no ya sólo a efectos tributarios sino también como salvaguarda del derecho real amillarado, ni tampoco existe el libre acceso a los Registros de la Propiedad, dado que no hay tráfico mercantil de inmuebles con todas las posibilidades que recogía el extinto Código Civil español vigente en Cuba hasta 1987.

No obstante lo dicho, resulta cuando menos llamativo y no deja de ser atractivo que la norma permita, por primera vez en la historia de la Cuba socialista, aún cuando se requiera una Autorización especial (artículo 18 del citado capítulo VI de la Ley 77/95) y ajustarse a la legislación vigente, la posibilidad de adquirir libremente inmuebles, eso sí debemos aclarar, a favor únicamente del empresario extranjero. De su tenor literal, pues:

"ARTÍCULO 16.1.– Al amparo de esta Ley se pueden realizar inversines en bienes inmuebles y adquirir su propiedad u otros derechos reales.

2. Las inversiones en bienes inmuebles a que se refiere el apartado anterior, pueden destinarse a:

a) Viviendas y edificaciones, dedicadas a residencia particular o para fines turísticos propios, de personas naturales no residentes permanentemente en Cuba;

b) Viviendas u oficinas de personas jurídicas extranjeras, y

c) Desarrollos inmobiliarios con fines de explotación turística".

Dentro de las restantes liberalizaciones que se han hecho en el ámbito Administrativo cubano, conviene también indicar que todas ellas giran, fundamentalmente, en dar cobertura legal mínimamente creíble para la entrada, explotación y gestión de actividades/negocios de empresas mixtas o puramente extranjeras asentadas o con interés de hacerlo en Cuba al amparo de la repetida Ley 77/95, dado que, fundamentalmente, el país carecía hasta esa fecha de una normativa liberal o amplia que permitiese o diese un mínimo de garantías jurídicas para el buen funcionamiento de estas entidades dentro del estrechísimo marco económico-socialista que estaba vigente hasta ese momento. En otras palabras, se hizo necesario abrir la espita liberalizadora –aunque férreamente controlada por la misma Administración, toda vez que es la única facultada para otorgar licencias y fiscalizar a la empresa foránea con una burocracia revisora abismal– para poder sentar bases de actuación a las empresas extranjeras en el país. Si bien es cierto que algo es mejor que nada, estas leyes, casi todas para no variar la tónica del legislador cubano, han sido impuestas bajo el apotegma de los Decretos-Leyes o Resoluciones [¿será, quizás, porque preferimos el debate parlamentario legislativo absolutamente nulo en ese país?], no son realmente reformas sustantivas legales que permitan la creación de una verdadera economía capitalista de Estado de corte político socialista, como el reiterado caso China, recurrente cual ejemplo manido en este autor como único esquema aproximado de entendimiento para un lector ajeno a la realidad administrativa cubana, sino que son más bien retoques o parches estrictamente necesarios para que la empresa extranjera pueda actuar en un marco jurídico legal y no anárquico ni desregularizado, que era el peligro cierto, barrera infranqueable, ante el cual se encontraban y siguen encontrándose no en mayor medida, los asesores jurídicos de los inversores extranjeros cuando pedían leer y estudiar la normativa que amparaba la presencia de sus principales como factores de comercio dentro de la isla, antes de iniciar la aventura inversora.

Así las cosas, nos permitiremos hacer un recuento muy resumido de toda la legislación que se ha ido aprobando en los años 90 para sentar las pautas de dichas actuaciones inversoras, las

cuales en el ambito de la Administración y el Derecho Administrativo es lo más novedoso que ha tenido Cuba en los últimos años, a saber:

1. ***Decreto Número 206, de 10 de Abril de 1996, Reglamento del Registro Nacional de Sucursales y Agentes de Sociedades Mercantiles Extranjeras (deroga el Decreto No.145 de 22 de Junio de 1988, Reglamento de Registro Nacional de Representaciones Extranjeras adscrito a la Cámara de Comercio de la República de Cuba).***

Este decreto es el único que empezó a definir qué y/o quién es empresario en Cuba –punto del todo herético en un sistema marxista de producción económica–, es decir:

"Artículo 2.– A los efectos de este Decreto se entenderá por:

a) Registro: Registro Nacional de Sucursales y Agentes de Sociedades Mercantiles Extranjeras;

b) Cámara de Comercio: Cámara de Comercio de la República de Cuba;

c) Sociedad mercantil: Persona jurídica que se dedica a realizar actos de comercio, con domicilio en el extranjero;

d) Empresario individual: Persona natural con domicilio en el extranjero, que en nombre propio, realiza habitualmente actos de comercio;

e) Sucursal: Establecimiento perteneciente a una sociedad mercantil o a un empresario individual, radicado en el territorio nacional para realizar operaciones comerciales que le sean autorizadas, y;

f) Agente: Entidad nacional, previamente autorizada por el Ministerio del Comercio Exterior, que se obliga mediante Contrato de Agencia, a promover actos de comercio a nombre y en representación de una sociedad mercantil o de un empresario individual".

Para un lector ajeno a la realidad cubana es cuando menos curioso, que una norma incorpore la definición tan elemental de estas formas de ejercer la actividad empresarial, pero teniendo en cuenta que antes sólo había la figura de la empresa estatal y su administrador, no deja de ser un avance, al menos en la forma, para los criterios ortodoxos que se seguían antes de las reformas incorporadas; de esta manera Cuba intentaba acomodarse a los nuevos tiempos y darle contenido a su arsenal legislativo que vendría como consecuencia de ellos.

2. ***Decreto-Ley No. 165, de 3 de Junio de 1996, De las Zonas Francas y Parques Industriales.***

Tal y como su Por Cuanto Primero, esta norma permite "...la creación y desarrollo de zonas francas y parques industriales en el territorino nacional ofrece nuevas oportunidades para la inversión extranjera, habida cuenta que el inversionista establecido en ella goza de un 'regimen especial en los órdenes aduanero, bancario, tributario, laboral, migratorio, de orden público, de inversión de capitales y de comercio exterior, ypara el país redundaría en la generación deempleos, en fuente de divisas y en adelanto tecnológico, económico y social".

No podemos dejar de hacer una observación a esta normativa. Con el antedicho Decreto, se crean en Cuba presuntos paraísos fiscales, aduaneros, laborales y financieros para huir del control internacional de fiscalidad opaca, y de inversiones perseguibles por el embargo norteamericano (Ley Helms-Burton, Ley Torricelli, etc.) que sancionan al empresario extranjero que opere en el tráfico mercantil cubano con propiedades expropiadas por el gobierno revoluciona-

rio, brindando de este modo opacidad legal o formal a la identidad, estructura o formación de las empresas o inversores que establezcan sus negocios en la isla dentro de las predichas zonas francas las cuales quedarían, por estulticia jurídica, fuera del territorio estrictamente controlado por la norma sustantiva y adjetiva ordinaria nacional a la cual puede ser imputable responsabilidad legal en el ordenamiento legislativo extranjero; ocultados, asimismo, de la fiscalización de la Organización Internacional del Trabajo –en lo que respecta a las contínuas denuncias interpuestas en foros jurídicos internacionales contra el gobierno cubano al permitir la contratación ilegítima y pago indebido del salario del personal laboral cubano en las empresas extranjeras–, entidades no bancarias con operaciones financieras opacas, empresas instrumentales sin control o sujeción del tráfico mercantil regido por la Organización Mundial del Comercio, etc. Lo anterior, no es óbice para que, efectivamente, dichas zonas francas puedan dar cobertura sin control legislativo nacional interno, a empresas que estarían en una especie de "limbo jurídico", con una permisividad operativa que no estaría autorizada por las leyes imperantes en el resto del territorio nacional.

Por poner un solo ejemplo de lo que venimos de señalar, el ejercicio de la abogacía en Cuba sólo puede ser desempañado por una persona que haya obtenido su título en una universidad cubana y que se encuentre dado de alta para dicha práctica profesional dentro de un bufete de abogados adscrito a la Organización Nacional de Bufetes Colectivos; pues bien, un despacho de abogados extranjero no podría trabajar en territorio nacional ordinario o común (que no es lo mismo que las zonas francas), por lo que, en este caso, sí que puede tener su sede o sucursal profesional dentro de la referida zona franca, y, como es lógico, el letrado o letrados vivirían no en la misma zona franca, sino en territorio común, pudiendo tener una actividad prohibida por la legislación ordinaria cubana a los administrados-ciudadanos cubanos en materia de profesionales liberales –no autorizadas desde la década de los años 60 que fueron todas proscritas–, y, sin embargo, como la zona franca no es territorio común u ordinario, permitir una actividad del todo ilegal para el resto de los abogados cubanos (ello sin mencionar la posibilidad de que el letrado extranjero pueda "simultanear" su ejercicio profesional en la zona franca con el que pueda circunstancial-coyunturalmente desempeñar en su "domicilio personal" sito en territorio no franco). Por lo demás, y como apunte positivo, la norma es una verdadera primicia por las innumerables opciones que para el tráfico mercantil pueden generarse y que antes eran del todo inadmitidas por la Administración, posibilitando, como bien dice en su *ratio legis* de pretensión, un aumento o incremento de la invesión extranjera al dársele a ésta mayores oportunidades y opciones para desempeñar sus actividades mercantiles en la isla, sin las obtusas regulaciones administrativas que al ojo capitalista resultan coactivas e intimidatorias.

3. Ley No. 76, Ley de Minas, de 21 de Diciembre de 1994.

Esta norma o precepto está hecha a la medida y diseño de dos tipos específicos de inversores extranjeros que desde hacía bastante tiempo estaban pretendiendo explotar dos determinados yacimientos en Cuba y que, por ortodoxia del régimen e inoperancia legislativa de éste en una materia que se consideraba poco rentable o tabú para un país que tenía restringidas o no autorizadas por el CAME socialista determinadas cuotas de explotación mineral, permitieron a la postre y premura de la necesidad, la explotación, concretamente, por una parte, de los yacimientos del sector minerometalúrgico de niquel y cobalto situados en la provincia de Holguín, y que, en esta línea pretendían y obtuvieron mediante concesión administrativa una entidad de origen canadiense (me reservo la mención de su nombre, pero que es una de las dos primeras del ranking

mundial de explotación metalúrgica de esta especialidad), y, por otro lado, dos empresas extractoras de petróleo que adquirieron los derechos de explotación –a su cuenta y riesgo (pero a beneficio compartido con el Estado cubano)–, siendo una de ellas española y la otra también canadiense.

4. ***Decreto-Ley No.141, de 8 de Septiembre de 1993, del Consejo de Estado acerca del Ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia.***

Esta normativa abrió por primera vez, después de casi 30 años de inactividad, el ejercicio de los trabajadores autónomos, "cuentapropistas", como se les llama en Cuba, lo cual dejó prevista la oportunidad de que decenas de oficios, manufacturas, y especialidades que estaban abocadas al desempleo (porque la Administración y sus empresas estatales ya no podían dar o prestar los servicios que venían desempeñando), a la desaparición y falta de encaje laboral en la nueva situación político-económica, encontraron, por tanto, cobertura por medio de la permisividad, más que necesaria, conveniente para impedir la parálisis de la pequeña y mediana empresa.

5. ***Resolución Conjunta No. 1, de 8 de Septiembre de 1993, del Comité Estatal de Trabajo y Seguridad Social-Comité Estatal de Finanzas, Acerca del Ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia.***

6. ***Resolución Conjunta No. 4/95 de los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y de Finanzas y Precios sobre Inclusiones en la Lista de Oficios y Actividades por Cuenta Propia vinculadas a la Gastronomía.***

7. ***Resolución No.10/95, Autorización a Profesionales Universitarios para Ejercer Trabajos por Cuenta Propia (en ningún caso referentes a sus especialidades universitarias, esto es, no podían ejercer los abogados abriendo despachos por su cuenta, ni los médicos con consultas propias, ni los odontólogos, ni los veterinarios, etc.).***

8. ***Decreto-Ley No. 140 del Consejo de Estado, de 13 de Agosto de 1993, Sobre la Despenalización de la Tenencia de Moneda Libremente Convertible (en Cuba era delito con pena de cárcel tener dólares o cualquier moneda calificada como divisa).***

9. ***Decreto No.191, de 19 de Septiembre de 1994, Acerca del Mercado Agropecuario (se permitió crear el Mercado Agropecuario, libre de los pequeños agricultores para que pudiesen vender sus productos, sin otras restricciones que las tabuladas en la norma; antes, evidentemente era un delito vender los productos del campo si no se hacía mediante las empresas estatales agropecuarias). Y Resolución Conjunta de los Ministros de la Agricultura y del Comercio Interior acerca del Mercado Agropecuario.***

10. ***Decreto-Ley No. 171, de 15 de Mayo de 1997, Sobre el Arrendamiento de Viviendas, Habitaciones o Espacios. (La Ley No.65, Ley General de la Vivienda, de 23 de Diciembre de 1988, prohibía expresamente el arrendamiento libre de los propietarios de sus viviendas y de más de dos habitaciones de éstas a terceros, lo cual ante la falta de viviendas en Cuba y la ingente necesidad de ubicar a personas, requería ampliar esta posibilidad, que, dicho sea de paso, favoreció el turismo nacional e internacional que deseaba "conocer más a fondo" la realidad cubana fuera de los hoteles).***

11. ***Ley No. 73, de 4 de Agosto de 1994, del Sistema Tributario (de más está decir que antes de la caída del muro de Berlín, Cuba no imponía cánon tributario alguno sobre ningún tráfico mercantil fundamentalmente porque estaban prohibidos, motivo por el cual, la apertura de nuevas profesiones, oficios, mercados agropecuarios, arrendamientos de habitaciones, etc., hicieron o permitieron al Estado abrogarse la atribución fiscalizadora impositiva sobre todas las actividades que había liberalizado).***

12. ***Decreto-Ley No. 147, de 21 de Abril de 1994, Acerca de la Reorganización de los Organismos de la Administración Central del Estado.***

Dado el interés, por el contenido de este trabajo, que reviste tener un conocimiento lo mas completo y general posible del Derecho Administrativo y los órganos de la Administración del Estado cubanos, reproducimos el artículo 18 de dicho Decreto-Ley que los desglosa:

- Ministerio del Azúcar
- Ministerio de la Agricultura
- Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente
- Ministerio del Comercio Exterior
- Ministerio del Comercio Interior
- Ministerio de Comunicaciones
- Ministerio de la Construcción
- Ministerio de Cultura
- Ministerio de Economía y Planificación
- Ministerio de Educación
- Ministerio de Educación Superior
- Ministerio de Finanzas y Precios
- Ministerio de las Fuerzas Armadas Revolucionarias
- Ministerio de la Industria Alimenticia
- Ministerio de la Industria Básica
- Ministerio de la Industria Ligera
- Ministerio de la Industria de Materiales de la Construcción
- Ministerio de la Industria Pesquera
- Ministerio de la Industria Sidero-Mecánica y Electrónica
- Ministerio del Interior
- Ministerio de Justica
- Ministerio de Relaciones Exteriores
- Ministerio de Salud Pública
- Ministerio del Trabajo y Seguridad Social
- Ministerio del Transporte
- Ministerio del Turismo
- Ministerio para la Inversión Extranjera y la Colaboración Económica
- Instituto de Aeronáutica Civil de Cuba
- Instituto Cubano de Radio y Televisión
- Instituto Nacional de Deportes, Educación Física y Recreación
- Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos
- Instituto Nacional de Reservas Estatales.

13. Decreto-Ley No. 172 y 173, de 28 de Mayo de 1997, Del Banco Central de Cuba y Sobre los Bancos e Instituciones Financieras No Bancarias.

Respecto al primero, la norma desagregó las funciones de Banco Central (emisor de la moneda: peso cubano) y comercial que de forma indistinta venía desempeñando el Banco Nacional de Cuba, en este último caso, por medio de sus sucursales denominadas Bancos Populares de Ahorro. El Banco Central de Cuba sucede al Banco Nacional de Cuba en el desempeño de las funciones de banco central que esta última institución ejerció desde su constitución en 1948 hasta la entrada en vigor del presente Decreto-Ley. Da cabida esta normativa a la intervención en el sistema financiero cubano de bancos e instituciones financieras no bancarias nacionales y extranjeras, comprendiendo igualmente a las oficinas de representación de dichos bancos e instituciones financieras no bancarias también extranjeras. Esta situación era absolutamente inédita en el sistema financiero cubano antes de esta reforma, máxime, con la promulgación del referido Decreto-Ley 173, el cual se dispuso para establecer el marco jurídico adecuado con el fin de propiciar el desenvolvimiento eficiente de bancos e instituciones financieras no bancarias extranjeras en Cuba, modificando a tal objeto todo el sistema bancario nacional en cuanto a las regulaciones del mismo, que facilite la intermediación financiera de instituciones de tal categoría que no tengan rango bancario, bien sean cubanas o extranjeras (se exceptúan las captaciones de depósitos), pero admitiendo la intervención de las entidades de arrendamiento financiero (leasing) de bienes muebles e inmuebles; de administración de carteras de cobro o factoraje (factoring); compañías o casas financieras, de operaciones de fideicomiso (en trust), de fondos mutuales de inversión, y de otras similares.

CONCLUSIÓN

En resumen, y en estricta puridad legal, Cuba no ha hecho privatizaciones en sentido preciso del término, sino que ha participado en la descentralización de muchas empresas o industrias obsoletas, quebradas o sin capital para funcionar a raíz de la notoria ineficacia del sistema de producción socialista estatal, integrando a este tenor, como se ha dicho, parte de su accionariado como un socio mercantil más pero siempre con la mayoría del capital social suscrito aunque no desembolsado a su favor, y amparándose en que su aportación casi siempre no dineraria proviene de la titularidad de la tierra o suelo donde se asienta el inversor, dueño de las telecomunicaciones e infrastructuras que aporta, así como de la exigua y mal pagada mano de obra profesional/cualificada que pone a disposición del negocio, sumando todo ello su capital, reitero no dinerario, pero perfectamente tasado crematísticamente a la hora de establecer el reparto accionarial de la empresa mixta a constituir –normalmente el Estado o entidad de la Administración estatal controlando el 51%– (ha privatizado la explotación de negocios dejándolas en manos extranjeras, con aprovechamientos de vuelos –inmuebles construidos– peso conservando en todo momento la propiedad del suelo y del subsueloningún cambio jurídico en Cuba de los que hemos hecho mención, tiene como finalidad dar un salto político-democrático propiciado por la Administración Central del Estado, que permita iniciar una modificación al sistema socialista imperante en el país desde una perspectiva económica (Viet-Nam y China tienen economías netamente capitalistas con sistemas de partidos únicos de corte comunistas en el poder, que van haciéndose cada día menos absolutistas con el crecimiento económico de éstos países), ni mucho menos

pretende sentar criterios institucionales bajo una cortina de legalidad para establecer una apertura de corte reformista que modifique tecnocráticamente la férrea línea dogmática socialista de la isla, y, de este modo, preparar las bases para una transición democrática.

BIBLIOGRAFÍA

a) Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ley No. 59, de 17 de Octubre de 1987, Código Civil.
b) Ley No. 7, de 19 de Agosto de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Labora. Impreso en CENIC, Empresa Nacional de Producción del Ministerio de Educación Superior, La Habana, Cuba 1980.
c) Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ley No. 65, de 8 de Febrero de 1989, Ley General de la Vivienda.
d) Constitución de la República de Cuba, Editorial ENPES, La Habana, 1992.
e) La Economía Cubana, Reformas Estructurales y Desempeño en los Noventa. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1997.
f) Historia de Cuba, de Hugh Thomas, Editorial Debate, Madrid, 2004.

AUTOR:

Ernesto Gutiérrez Tamargo.

Licenciado en Derecho, Universidad de La Habana, Cuba. Licenciado en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Master en Derecho Comparado por la Universidad Complutense de Madrid. MBA por la Universidad de Alcalá, Master en Dirección Urbanístico-Inmobiliaria por la Universidad San Pablo-CEU. Doctor en Derecho por la Universidad Pontificia Comillas-ICADE de Madrid. Ha sido abogado de los despachos Piqué Advocats Associats de Barcelona, y Uría & Menéndez en Madrid. Actualmente preside la ASOCIACIÓN CUBANO-ESPAÑOLA DE DERECHO. Es Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, y ejerce esta profesión en dicha ciudad.

UNA VISION SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL ECUADOR

AB. JOFFRE CAMPAÑA MORA
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Espíritu Santo de Guayaquil.
Director Ejecutivo de la Academia Ecuatoriana de Derecho Administrativo.

I. HACIA UN CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. EL SISTEMA DE FUENTES.

Sin duda el Derecho Administrativo ecuatoriano ha sufrido profundas transformaciones durante los últimos diez años, aunque ellas hayan sido el resultado obligado de otra profunda transformación, que consiste en el nuevo entendimiento de lo que la Constitución significa, no únicamente como el gran consenso que permite el desarrollo de la vida social y la satisfacción de los intereses de sus miembros, sino y ante todo, por la final aceptación de que al mismo tiempo la Constitución es norma jurídica directamente aplicable e invocable ante jueces y funcionarios.

La influencia de esta concepción tardíamente aceptada en el Ecuador, ha provocado una modificación en el sistema de interpretación del Derecho en general y por supuesto del Derecho Administrativo.

Junto con lo anterior, el país ha visto la expedición de pocas aunque fundamentales normas que han sacado al derecho Administrativo de un peligroso anquilosamiento que postergó a mi juicio el desarrollo mismo del país.

Dos normas principales habían regido principalmente la actuación y funcionamiento de la administración pública hasta hace pocos años: la Ley de Régimen Administrativo, dictada en el año 1960, y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de 1968.

Estas leyes, inspiradas en el derecho francés, dejaron ya de ser el marco principal de la actuación pública. La primera por su derogatoria expresa en el año 1994. La segunda por las varias reformas que han modificado sustancialmente sus prescripciones.

En 1993 se expidió la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por Parte de la Iniciativa Privada; en 1994 el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva; en 2002 las Normas de Procedimiento Administrativo Común de la Función Ejecutiva y el reglamento para el Control de la Discrecionalidad de la Administración Pública. Estas son a mi juicios las principales disposiciones que junto con la influencia del nuevo entendimiento de la Constitución, han marcado esta profunda transformación que se sustenta en que la función pública dejó de ser el elemento central del ejercicio del poder, para situarse en la protección de las garantías constitucionales.

Ya en cuanto a una definición de Derecho Administrativo, es normal centrar el objeto de su estudio fundamentalmente en la Administración Pública. Y si bien el concepto no delimita ni abarca todo el objeto de la disciplina, constituye sin duda un elemento clave para articular esos otros aspectos de relieve para un global entendimiento de esta rama jurídica.

La Constitución Política de la República del Ecuador, conformada por una breve parte introductoria, doscientos ochenta y cuatro artículos, cuarenta y seis disposiciones transitorias y una disposición final, utiliza la expresión "Administración Pública" en seis ocasiones.

La primera, en el artículo 3, numeral 6, que forma parte del Título I "De los Principios Fundamentales", para señalar que constituye un deber primordial del Estado "Garantizar la vigencia del sistema democrático y la ***administración pública*** libre de corrupción". Esta primera manifestación, absolutamente general, involucra en la expresión administración pública en realidad a todas las organizaciones y entidades que integran el sector público, conclusión a la que es posible llegar por varias razones: a)Por la ubicación del artículo en el Título I, aplicable a toda la estructura del Estado; b)Porque en toda la Constitución no existe un Título o epígrafe que permita inferir que se refiere a la administración pública central o institucional dependiente de la Función Ejecutiva o del régimen seccional; c)porque en diversas disposiciones, la Constitución utiliza la expresión "administración" para referirse indistintamente a la "administración de justicia", a la "administración pública", a la "administración de fondos, bienes o recursos públicos", a la "administración del Estado", a la "administración de las circunscripciones territoriales", a la "administración de las finanzas públicas", etc., con lo cual siendo la erradicación de la corrupción un principio fundamental que justifica la misión del Estado, no tendría sentido un pronunciamiento de tal tipo que lo limitara a la función de administrar propia del Poder Ejecutivo o del Régimen Seccional y que excluyera la administración de justicia, por ejemplo. No se trata entonces esta primera manifestación del artículo 3 de una expresión que permita establecer un marco delimitado de lo que debe entenderse por este concepto.

La segunda referencia en la Constitución a la expresión administración pública la encontramos en el artículo 35, numeral 9, sección segunda del Trabajo, del capítulo IV del Título III, "De los derechos, garantías y deberes", para referir que "Las relaciones de las instituciones comprendidas en los numerales 1, 2, 3 y 4, del Art. 118 y de las personas jurídicas creadas por ley para el ejercicio de la potestad estatal, con sus servidores, se sujetarán a las leyes que regulan la **administración pública**, salvo las de los obreros, que se regirán por el derecho del trabajo".

El artículo 118, como se verá más adelante, que desarrolla el capítulo primero del título V, "De las Instituciones del Estado y la Función Pública" enuncia las instituciones que conforman el Estado ecuatoriano[1]: 1.-Los organismos y dependencias de las Funciones Ejecutiva, Legislativa y Judicial; 2.-Los organismos electorales; 3.-Los organismos de control y regulación; 4.- Las entidades que integran el régimen seccional autónomo.

Estos 4 grupos de organismos sujetan sus relaciones con sus servidores conforme a las leyes que regulan la administración pública. Sin embargo, esto que parece sencillo, en la realidad no lo es. ¿Cuáles son las leyes que regulan la administración pública en cuanto al régimen jurídico del Estado y sus servidores?

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa[2], señala en el artículo 5:

"Art. 5.- Servidores no comprendidos en el Servicio Civil.- No están comprendidos en el Servicio Civil:

a) Los dignatarios o autoridades elegidos por votación popular;

b) Los funcionarios elegidos o nombrados, conforme la Constitución Política de la República y leyes correspondientes, por el Congreso Nacional o por el Presidente de la República;

[1] En este punto únicamente cito los 4 numerales referidos en el artículo 35 de la Constitución.

[2] Publicada en el Registro Oficial N°184 del 6 de octubre de 2003

c) Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que se rigen por sus propias leyes;

d) Los dignatarios, autoridades o miembros de los cuerpos colegiados o de las corporaciones a cuyo cargo corre el gobierno de las instituciones del Estado;

e) Los funcionarios y servidores de la Función Legislativa que se rigen por su propia Ley;

f) Los funcionarios y servidores de la Función Judicial, Ministerio Público, Tribunal Constitucional, Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito de la provincia del Guayas y funcionarios del Servicio Exterior que se encuentren en funciones fuera del país, que se rigen por su propia Ley[3];

h) El personal docente e investigadores universitarios, técnico - docente, profesional y directivo que están sujetos a la Ley de Educación Superior, Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional.

Los servidores de las instituciones del Estado comprendidos en los literales e), f), g), h), de este artículo, serán sujetos de los derechos, deberes, obligaciones y prohibiciones que establece esta Ley".

Tratándose de la Función Judicial y para citar únicamente un caso, sus miembros están sujetos a lo que disponen tanto la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura, órgano administrativo y disciplinario de la Función, como a los preceptos de la Ley Orgánica de la Función Judicial, por lo cual debería entenderse que estas Leyes Orgánicas constituyen las leyes que regulan la administración pública de los miembros de la Función Judicial, especialmente porque la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa expresamente excluyó a este sector de su ámbito, aún cuando la parte final del artículo 5 señala que para la Función Judicial sí son aplicables las disposiciones sobre derechos, prohibiciones, deberes y obligaciones. Si esto es así, se ratificaría la visión inicial según la cual la Constitución del Ecuador al referirse a la administración pública, lo hace en un sentido general que incluye la actuación de los diversos órganos y entidades estatales y por tanto insuficiente, a mi juicio, para centrar en tal concepto una delimitación del ámbito del Derecho Administrativo.

La tercera referencia la encontramos en el artículo 124, según el cual "La ***administración pública*** se organizará y desarrollará de manera descentralizada y desconcentrada...". Una vez más se utiliza una expresión general que constituye un principio general de la administración pública concebida como todos los órganos estatales, pero que no ayuda a descifrar el alcance de ésta.

La cuarta ocasión que encontramos la expresión es en el artículo 130, que regula las facultades del Congreso Nacional y que en el numeral 15 prohíbe la posibilidad de conceder indultos por delitos cometidos contra la ***administración pública***. Este artículo exige una revisión de aquellos delitos contra la administración pública. Por supuesto, tal revisión únicamente aportará elementos que ayudarán a configurar el adecuado entendimiento del concepto, aunque no nos darán una visión definitiva, en razón de su aplicación únicamente al ámbito penal y en razón de la prohibición de efectuar interpretaciones extensivas y sin contar por supuesto las modificaciones a lo largo del tiempo que han ido tipificando conductas e insertándolas en este título del

[3] El literal g) de este articulo fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional del Ecuador, órgano encargado del control constitucional concentrado en el Ecuador.

Código Penal sin que tal ubicación sea necesariamente adecuada. Importante también es considerar que en la tipificación de estas conductas no ha existido una gran técnica legislativa que permita mantener una coherencia de los actos punibles con el resto del ordenamiento jurídico, lo cual dificulta enormemente un análisis sistemático y ordenado del tema que nos ocupa.

El Código Penal del Ecuador, contiene el TITULO III, "DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA", cuyos diversos capítulos se refieren a diversos tipos de delitos. Simplemente a manera de enunciación conviene mencionar que el CAPITULO I se refiere a la "rebelión y atentados contra los funcionarios", en que sanciona la resistencia hecha a los empleados públicos, depositarios o agentes de la fuerza pública, a los comisionados para la percepción de los impuestos y contribuciones, a los ejecutores de los decretos y fallos judiciales, a los guardas de las aduanas y oficinas de recaudación y a los agentes de policía, cuando obran en ejecución de las leyes, o de las órdenes o reglamentos de la autoridad pública. Protege también a los hospicios y carceleros, a los empleados o agentes del servicio telegráfico, cuando transmitan despachos de la autoridad pública. Protege también al Presidente de la República o a quien ejerza la Función Ejecutiva, a los Diputados, Ministros de Estado, Magistrados o Jueces, Gobernadores o cualquier otro funcionario público que ejerza jurisdicción o autoridad civil o militar, cuando se halle en actual ejercicio de sus funciones, o por razón de su ministerio. Incluye también a cualquier tribunal o corporación pública, a la administración de justicia y a quienes prestan servicios públicos.

También en el mismo Título, en el capítulo II se castiga la usurpación de funciones, títulos y nombres, mereciendo protección los empleados públicos, civiles, militares o eclesiásticos, agentes del Gobierno o comisionados. En el capítulo III, "De la violación de sellos y documentos", se protege a las autoridades públicas.

En el capítulo IV, "De los obstáculos puestos a la ejecución de las obras públicas, a las autoridades competentes".

En el capítulo V, "De la violación de los deberes de funcionarios públicos, de la usurpación de atribuciones y de los abusos de autoridad", se reprime a los funcionarios públicos que no cumplan o ejecuten una ley, reglamento u orden superior; los jueces, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público; los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos; los servidores de la Dirección General de Rentas y los servidores de aduanas que hubieren intervenido en Actos de Determinación; los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, las personas elegidas por votación popular, los representantes o delegados del Presidente de la República y de otros funcionarios fiscales o municipales en organismos del Estado, autónomos o semiautónomos; los jueces de lo penal, tesoreros, administradores y demás empleados de Aduana y del Resguardo, que ejercieren el comercio por si mismos, dentro del distrito donde respectivamente desempeñan sus funciones, sea abiertamente o por actos simulados; los jueces de derecho o árbitros juris; los abogados, defensores o procuradores en juicio, que descubran los secretos de su defendido a la parte contraria; los actuarios que, en las causas en que intervienen, defiendan o aconsejen a alguno de los litigantes; los médicos, cirujanos, farmacéuticos, obstetrices, o cualquier otro profesional depositario de un secreto en razón de la profesión que ejerzan y que lo revelare aún al declarar en juicio; todo funcionario o todo agente de Policía

que, habiendo tenido noticia de la perpetración de un delito, no lo pusiere, inmediatamente, en conocimiento de un juez de instrucción; todo médico, cirujano, dentista, obstetriz, o cualquier otra persona que, en el ejercicio de profesión sanitaria, al prestar servicios profesionales, descubriere un hecho que presente los caracteres de un delito y no lo denunciare a la policía o a un juez de instrucción; todo aquel que mediante acusación o denuncia, o por anónimo, o con nombre falso afirme haberse cometido un delito que no ha existido, o que simule los vestigios de una infracción, para procurar un enjuiciamiento penal tendiente a obtener una certificación a su favor; todo aquel que dentro de juicio ante el juez de instrucción o el de la causa, o extrajudicialmente, ante autoridades judiciales o agentes de policía, se declare autor de un delito que no se ha realizado, o de un delito en el que no ha tenido participación; todo aquel que en el decurso de un procedimiento civil o administrativo, o antes de un procedimiento penal, o durante él, a fin de inducir a engaño al juez, cambie artificialmente el estado de las cosas, lugares o personas; quienes como funcionarios o empleados, manejen fondos de los Bancos Central, del Sistema de Crédito de Fomento y Comerciales y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; todo aquel que hubiere contribuido a la publicación o distribución de cualesquiera impresos, mimeografiados o escritos a máquina o a mano, que no lleven el nombre del autor o del impresor, o de la imprenta, conocidos; las personas encargadas de suministrar provisiones para las Fuerzas Armadas que, voluntaria y maliciosamente, hubieren faltado al servicio a que están obligados; los que establezcan casas o mesas de juegos prohibidos, sin permiso de la autoridad respectiva; los que en las casas de juego que corren a su cargo consientan a hijos de familia, dependientes de almacenes o de otros establecimientos de comercio o industria, sirvientes domésticos o individuos notoriamente vagos; los promotores, empresarios, administradores, comisionados o agentes de rifas no autorizadas por la Policía.

Esta larga aunque necesaria descripción no hace sino confirmar que el concepto de administración pública desde la perspectiva del Código Penal involucra a prácticamente toda la organización del Estado, sin que pueda efectuarse una delimitación a la Función Ejecutiva, lo cual va en la línea del tratamiento constitucional que antes se ha destacado.

La quinta referencia constitucional la encontramos en el artículo 164, bajo el Título VII "De la Función Ejecutiva", Capítulo I "Del Presidente de la República", según el cual "El Presidente de la República ejercerá la Función Ejecutiva, será jefe del Estado y del gobierno, y responsable de la ***administración pública***. Su período de gobierno, que durará cuatro años, se iniciará el 15 de enero del año siguiente al de su elección".

Finalmente, la sexta referencia la encontramos en el artículo 171, que regula las atribuciones y deberes del Presidente de la República y que señala en el numeral 9 como facultad presidencial la de "Dirigir la ***administración pública*** y expedir las normas necesarias para regular la integración, organización y procedimientos de la Función Ejecutiva".

El numeral 5 del mismo artículo 171 señala que el Presidente de la República está facultado para dictar los reglamentos que convengan a la buena marcha de la ***administración***.

Estas tres últimas disposiciones generan sin duda un conflicto importante, cual es el de la delimitación de las facultades del Presidente de la República, en función de la delimitación del alcance del concepto de administración pública. Si la visión de la administración pública que surge del tratamiento constitucional es hasta aquí absolutamente amplia y general, significaría que estas atribuciones del Presidente le confieren un enorme poder que ratificaría la tesis de que el Ecuador goza de un régimen presidencial reforzado que le ha otorgado al Presidente de la República la capacidad de inmiscuirse en la dirección de prácticamente todos los estamentos públicos, tesis que

precisamente ha señalado ya de forma expresa ante varios medios de comunicación el actual Presidente del Ecuador, elegido democráticamente en elecciones realizadas en el año 2002.

El numeral 9 del artículo 171 contiene dos partes principales: la primera, la facultad del Presidente para dirigir la administración pública; la segunda, la facultad para expedir las normas de integración, organización y procedimientos de la Función Ejecutiva.

Sobre este punto es necesario, en razón del importante debate suscitado en el Ecuador sobre este tema, precisar que la Constitución Política de la República anteriormente vigente señalaba en el artículo 79 literal d) lo siguiente:

"**Art. 79.-** Son atribuciones y deberes del Presidente de la República:

d) Nombrar y remover libremente a los Ministros, Jefes de Misiones Diplomáticas, Gobernadores y demás funcionarios públicos que le corresponde de acuerdo con la ley y el Estatuto jurídico administrativo dictado por el Presidente de la República".

La Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de servicios por parte de la Iniciativa Privada, publicada en el Registro Oficial del día 31 de diciembre de 1993, señala en su artículo 40 lo siguiente:

"**Art. 40.-** Régimen Administrativo del Ejecutivo: Dentro de los límites que impone la Constitución Política de la República[4], declárese de **competencia exclusiva**[5] del Ejecutivo la regulación de la estructura, funcionamiento y procedimientos de todas las dependencias y órganos administrativos. En el plazo máximo de tres meses contados a partir de la vigencia de esta Ley, el Presidente de la República, deberá mediante un Decreto Ejecutivo expedir y promulgar el nuevo Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

En lo sucesivo, dicho Régimen Jurídico Administrativo podrá ser modificado por el Presidente de la República a través de un Decreto Ejecutivo, **de acuerdo a las necesidades de la Administración Pública"[6].**

El Estatuto, una vez dictado a través de Decreto Ejecutivo, publicado en el Registro Oficial del 31 de marzo de 1994, derogó la Ley de Régimen Administrativo, tal como lo señaló la disposición transitoria primera de la Ley de Modernización del Estado:

"Hasta tanto se expida el nuevo Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, se estará a lo dispuesto en la Ley de Régimen Administrativo".

Evidentemente en un país con una concepción absolutamente formalista del derecho, es muy difícil aceptar que la Ley de Régimen Administrativo haya podido ser derogada por un Decreto Ejecutivo. Podrá argumentarse que el Estatuto en su concepción original era una ley delegada y que por tanto no existió ninguna situación excepcional. Sin embargo y aún cuando pueda funda-

[4] Obsérvese que se expresa "dentro de los límites que impone la Constitución" y no "dentro de los límites que impone la ley". La razón es sencilla: se producía en el Ecuador la llamada deslegalización, esto es, la posibilidad de que el Presidente de la República, a través de una regulación específica, el "Estatuto", legisle sobre aquellas materias reservadas por la Constitución al Presidente de la República, aún cuando dichas materias fueran en algunos casos reguladas por la ley.

[5] La competencia exclusiva excluye la legislación por parte del Congreso Nacional, de la regulación de las materias reservadas al ejecutivo.

[6] El resaltado es mío.

mentarse adecuadamente tal tesis[7], lo cierto es que la ley delegada así denominada adoptó la forma de un Decreto Ejecutivo y por tanto el análisis es igualmente aplicable.

Pues bien, con el correr de los años se expide la Constitución de 1998, la que consagra en el artículo 171 numeral 9 lo siguiente:

"Art. 171.- Serán atribuciones y deberes del Presidente de la República los siguientes:
...9. Dirigir la administración pública y expedir las normas necesarias para regular la integración, organización y procedimientos de la Función Ejecutiva".

Como se observa, a partir de 1998 se ratifica la competencia del Presidente de la República para regular la integración, organización y procedimientos de la Función Ejecutiva, delimitando el alcance de la potestad del Presidente de la República para regular el Régimen Administrativo.

Por tanto, es incuestionable que el Presidente de la República tiene potestad exclusiva para regular la integración, organización y funcionamiento de la Función Ejecutiva y que esa facultad exclusiva impide la intervención del legislador para determinar de qué manera y bajo qué organización la Función Ejecutiva desarrolla sus competencias. Esto es denominado en la doctrina como "Reserva de la Administración"[8].

Pues bien, el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, señala en el artículo primero que "El presente estatuto instituye principalmente la estructura general, el funcionamiento, el procedimiento administrativo común y las normas sobre responsabilidad de los órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional y que dependen de la Función Ejecutiva".

El artículo antes citado reconoce entonces la existencia de otras administraciones públicas que no forman parte de la denominada Administración Pública Central e Institucional. Lo cual se ratifica con la redacción del artículo dos.

En cuanto al ámbito del Estatuto, el artículo 2 señala que es aplicable ***principalmente*** a la Función Ejecutiva. Para sus efectos, la Función Ejecutiva comprende:

"a) La Presidencia y la Vicepresidencia de la República y los órganos dependientes o adscritos a ellas;
b) Los Ministerios de Estado y los órganos dependientes o adscritos a ellos;
c) Las personas jurídicas del sector público adscritas a la Presidencia de la República, a la Vicepresidencia de la República o a los ministerios de Estado; y,
ch) Las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central.

Los órganos comprendidos en los literales a) y b) conforman la Administración Pública Central y las personas jurídicas del sector público señaladas en los demás literales conforman la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva.

[7] Vid. Velásquez Baquerizo, Ernesto, "La Nueva Justicia Administrativa: Diagnóstico de Derecho Contencioso Administrativo y Fiscal en el Ecuador", CLD, Quito, 1995; Zavala Egas, Jorge, "Introducción al Derecho Administrativo", Edino, Guayaquil, 2003.

[8] Vid. Marienhoff, Miguel, TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo I, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, quinta edición, páginas 260 a 262.

La organización, funcionamiento y procedimiento de las otras administraciones públicas; de las Funciones Legislativa, Judicial y Electoral; y, en general de aquellas entidades y órganos que no integran ni dependen de la Función Ejecutiva se regulan por sus leyes y reglamentos especiales.

En cualquier caso en aquellas materias no reguladas por leyes y reglamentos especiales, las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados por delegados o representantes de la Función Ejecutiva, podrán aplicar, de forma supletoria las disposiciones del presente estatuto".

Destaca este artículo la existencia de otras administraciones públicas, entre las cuales sin duda debemos citar la del régimen seccional autónomo; las Funciones Legislativa, Judicial y Electoral; y, la existencia de entidades y órganos que no integran ni dependen de la Función Ejecutiva, tales como por ejemplo la Comisión de Control Cívico Contra la Corrupción, la Procuraduría General del Estado, la Contraloría General del Estado, el Ministerio Público, etc.

El Estatuto de la Función Ejecutiva ha solucionado, de alguna manera, el problema que surgía de la redacción constitucional de las atribuciones del Presidente de la República, al delimitar su ámbito de competencia. No obstante, al estar el Presidente de la República facultado para modificar este Estatuto cuantas veces lo estime necesario, nada obsta para que efectuando una interpretación a favor de privilegiar sus competencias, amplíe el entendimiento de lo que deba entenderse por administración pública y pueda tener una mayor participación en la toma de decisiones de otras instancias estatales, sin perjuicio claro está de que los límites vendrían dados por la autonomía que la propia Constitución y las leyes reconocen a otras instancias del poder, tales como los Municipios y Consejos Provinciales, por citar dos casos.

Destaca también de este Estatuto su carácter supletorio previsto en la parte final del artículo dos, que guarda relación con lo dispuesto en el artículo 100, a partir del cual se consagran las Normas de Procedimiento Común de la Función Ejecutiva, aunque delimitado a la Administración Pública Central:

"Ámbito.- El presente Libro de este estatuto establece y regula el procedimiento administrativo común de la Administración Pública Central, según se la define en el artículo 2 de este estatuto".

El Estatuto señala también en el artículo 9 que "La Administración Pública Central se constituye por órganos jerárquicamente ordenados y en su actividad tiene personalidad jurídica única. Las entidades de la Administración Institucional de la Función Ejecutiva gozan de personalidad jurídica propia para el ejercicio de sus competencias".

Sin embargo de que ni la Constitución de la República ni el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ayudan a delimitar el alcance de lo que deba entenderse por Administración Pública, una ley preconstitucional, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa [9] señala en el artículo 4 que:

"Para los efectos de esta Ley, se entenderá:
1.- Por Administración Pública:
a) La administración del Estado, en sus diversos grados.

[9] Publicada en el Registro Oficial N° 338 de 18 de marzo de 1968

b) Las entidades que integran la administración local dentro del régimen seccional.

c)Los establecimientos públicos creados como tales y regulados por leyes especiales.

2.- Por personas jurídicas semipúblicas, las creadas y reguladas como tales por la ley, cualquiera sea su denominación, inclusive la de personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública".

Esta estructuración guardaba exacta armonía con la Constitución vigente en 1967, cuyo artículo 255 señalaba que "Son personas jurídicas de derecho público: el Estado, los Consejos Provinciales, las Municipalidades, las Juntas Parroquiales y los establecimientos públicos creados como tales y regulados por leyes especiales" y cuyo artículo 256 reconocía la existencia de personas jurídicas semipúblicas: "Se garantizan la estabilidad y autonomía: de la Caja Nacional del Seguro Social, del Banco Central del Ecuador, del Banco Nacional de Fomento, y demás personas jurídicas semipúblicas. Se garantizan asimismo la estabilidad y la descentralización administrativa y económica: de las Juntas de Beneficencia, de las Corporaciones de Fomento Económico regional y provincial, y de las otras entidades autónomas de finalidad social o pública ya existentes...".

Sin embargo, en la actualidad esta delimitación resulta insuficiente ya que la categoría de las personas jurídicas semipúblicas desapareció como tal en la estructuración que actualmente consagra el artículo 118 de la Constitución Política de la Republica.

Frente a ello, el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva señala que la actividad jurídica de las Administraciones Públicas Central e Institucional de la Función Ejecutiva manifiesta su voluntad jurídica de derecho público a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos, sin perjuicio de recurrir a otras categorías de derecho privado cuando tales administraciones actúen dentro de dicho campo. De conformidad con lo que dispone la Ley de Modernización del Estado, la extinción o reforma de los actos administrativos se rige por lo dispuesto en el estatuto, incluyendo los plazos para resolver y los efectos del silencio de la administración.

Lo anterior permite inferir que entidades que conforman las Administraciones Públicas podrían desarrollar su actividad bajo la órbita del derecho público o del derecho privado. Esta posibilidad se ratifica con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, publicada en el Registro Oficial N°144 de 18 de agosto de 2000, según el cual, "Para todos los efectos, incluyendo el tributario y el laboral, las corporaciones, fundaciones, sociedades y compañías constituidas con el aporte total o parcial de capital o bienes de propiedad de instituciones del Estado, se someterán al régimen legal aplicable a las personas jurídicas de derecho privado...".

Precisamente las dudas que origina el régimen jurídico aplicable a este tipo de entidades ha llevado a la Procuraduría General del Estado ha señalar que "Los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio sean transferidos a personas naturales o personas jurídicas de derecho privado, de conformidad con la ley. En consecuencia, considero que la definición de los términos «fondos o recursos públicos», es la prevista en el citado artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado"[10].

[10] Resolución de la Procuraduría General Estado N° 19, publicada en el Registro Oficial N°303 del 30 de marzo de 2004.

En este sentido, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en el artículo 6 reconocía que ciertas actividades de la Administración estaban o podían estar sujetas a otras jurisdicciones, razón por la cual las excluía de su ámbito de competencia:

"Art. 6.- No corresponden a la jurisdicción contencioso - administrativa:
a)Las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de los cuales procede o de la materia sobre que verse, se refieren a la potestad discrecional de la administración.
b)Las cuestiones de carácter civil o penal pertenecientes a la jurisdicción ordinaria y las que, por su naturaleza, sean de competencia de otras jurisdicciones.
c)Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como aquellas que afectan a la defensa del territorio nacional, a las relaciones internacionales, a la seguridad interior del Estado y a la organización de la Fuerza Pública, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación corresponde a la jurisdicción contencioso - administrativa.
d) Las resoluciones expedidas por los organismos electorales.
e) Las resoluciones que se dicten con arreglo a una ley que expresamente les excluya de la vía contenciosa".

Sin embargo, la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada, señala en el artículo 38 que:

"Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa".

En definitiva, el derecho ecuatoriano posibilita que las instituciones del Estado se sometan al régimen jurídico del derecho público o del derecho privado, siempre que una ley previamente lo habilite. De allí que la administración pública no deja de ser tal por el hecho de su no sujeción exclusiva el derecho público. Este último punto es muy importante a la hora de tratar de buscar una definición para el Derecho Administrativo. Entender en el Ecuador al Derecho Administrativo como el derecho de las Administraciones Públicas puede ser inexacto. Por ello para intentar una definición que pueda ser satisfactoria, es necesario recurrir, en mi opinión, a otra perspectiva, que exige situar la mirada en la naturaleza de la actividad jurídica de las instituciones y organismos, estatales o no. De esta manera, el objeto del Derecho Administrativo trasciende las Administraciones Públicas y se sitúa en la naturaleza administrativa de las actuaciones de entidades que gozan de privilegios, constitucional o legalmente reconocidos y cuyas actuaciones están orientadas a la satisfacción del interés general.

Lo anterior obliga a excluir dentro del estudio del Derecho Administrativo a aquellas actividades no administrativas de los entes públicos y a incluir aquellas de entes no públicos cuando

obran con privilegios otorgados o que nacen originariamente de la titularidad estatal, constitucional o legalmente conferida.

La expresión privilegios es utilizada para situar aquellas actuaciones de desequilibrio que tienen como causa el ejercicio del poder público.

Ya en cuanto al sistema de fuentes, la Constitución consagra en el artículo 119 el denominado principio de legalidad:

"**Art. 119.-** Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley, y tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común".

Aquellas instituciones que la Constitución y la ley determinen, gozarán de autonomía para su organización y funcionamiento.

La redacción de este artículo ha generado numerosas complicaciones ya que parecería limitar el ejercicio de atribuciones a lo previsto exclusivamente en la Constitución y en la ley, sin considerar la existencia de otros tipo de normas que cumplen la misma función y que se mencionan en el artículo 272 de la Constitución, aunque en título y capítulo muy distintos:

"**TITULO XIII**
DE LA SUPREMACIA, DEL CONTROL Y DE LA
REFORMA DE LA CONSTITUCION
Capítulo 1
De la supremacía de la Constitución

Art. 272.- La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos - leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones.

Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior".

Adicionalmente, el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva al regular el Registro Oficial, establece un sistema de fuentes que es interesante considerar:

"Art. 215.- Competencia.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5 del Código Civil, el Registro Oficial tiene como atribución principal la de publicar:

a) Las leyes expedidas por el Congreso Nacional y sancionadas por el Presidente de la República o aquellas que se aprueben por el ministerio de la ley, así como los decretos, acuerdos o resoluciones aprobados por el Congreso Nacional; no se publicarán en el Registro Oficial aquellas disposiciones formalmente denominadas leyes que no hubieren sido sancionadas por el Presidente de la República o deban entrar en vigor por el ministerio de la ley;

b)Los actos normativos expedido por los órganos y entidades de las funciones Legislativa, Ejecutiva o Judicial, el Tribunal Supremo Electoral, incluyendo los respectivos reglamentos orgánicos-

funcionales o aquellos que sin tener la calidad reglamentaria deben ser conocidos por la nación entera en virtud de su importancia política o por mandato expreso de una ley; y,

c)Las sentencias expedidas con ocasión de los recursos de casación por la Corte Suprema de Justicia y las resoluciones del Pleno y salas del Tribunal Constitucional que versen sobre los casos contemplados en el artículo 276 de la Constitución Política de la República".

Destacan de una parte los decretos, acuerdos o resoluciones aprobados por el H. Congreso Nacional, los actos normativos de las funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial, así como del Tribunal Supremo Electoral, y los fallos de casación, que en caso de ser reiterativos en tres ocasiones son de cumplimiento obligatorio.

Por supuesto el debate se centra en si efectivamente todas aquellas disposiciones de inferior jerarquía que la Constitución y la ley pueden ser consideradas fuentes del derecho administrativo. En mi opinión sí, al tenor del reconocimiento expreso de su existencia en la propia Constitución. La particularidad viene dada entonces no por su existencia sino por la materia que a través de estas disposiciones puede regularse. Para ello es necesario considerar en la propia Constitución la reserva que allí se ha hecho para las leyes. Así, el artículo 141 dispone:

"Art. 141.- Se requerirá de la expedición de una ley para las materias siguientes:

1. Normar el ejercicio de libertades y derechos fundamentales, garantizados en la Constitución.
2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.
3. Crear, modificar o suprimir tributos, sin perjuicio de las atribuciones que la Constitución confiere a los organismos del régimen seccional autónomo.
4. Atribuir deberes o cargas a los organismos del régimen seccional autónomo.
5. Modificar la división político-administrativa del país, excepto en lo relativo a parroquias.
6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación, la facultad de expedir normas de carácter general, en las materias propias de su competencia, sin que estas puedan alterar o innovar las disposiciones legales.
7. Reformar o derogar leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.
8. Los casos en que la Constitución determine".

Manteniendo coherencia con este texto, el artículo 119 antes citado señala que "Aquellas instituciones que la Constitución y la ley determinen, gozarán de autonomía para su organización y funcionamiento", de allí que la determinación de la facultad de auto organizarse y de regular su funcionamiento requiere de habilitación legal previa.

II. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.- EL ESTADO, LOS CONSEJOS PROVINCIALES, LOS MUNICIPIOS Y LAS JUNTAS PARROQUIALES.

El Ecuador es aún un Estado unitario[11] en el cual coexisten varios niveles de gobierno. La Administración Pública Central, de nivel nacional, que integra la Función Ejecutiva, conformada

[11] Al tiempo de preparar estas líneas el Gobierno Nacional ha anunciado la convocatoria a una consulta popular que podría significar una importante reforma en el sistema político ecuatoriano. Si se sigue una de las líneas propuestas, que

por la Presidencia de la República, Vicepresidencia, Ministerios, Gobernaciones y órganos adscritos a ellos. La Administración Pública Institucional, dependiente también de la Función Ejecutiva, conformada por las personas jurídicas del sector público adscritas a la Presidencia de la República, a la Vicepresidencia de la República o a los ministerios de Estado; y, las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central.

En cuanto a la Administración Pública Central e Institucional, la Constitución ha otorgado al Presidente de la República la facultad de decidir su integración, organización y procedimientos mediante Decretos Ejecutivos. Esta facultad le permite crear, modificar, e incluso suprimir entidades públicas que integran la Función Ejecutiva.

En efecto, en el Registro Oficial del día 13 de noviembre del 2003 se publica la sentencia expedida por unanimidad por el Tribunal Constitucional en el caso 029-2003-TC, la misma que ratifica la tesis de que el Presidente de la República goza de amplias facultades para la integración de la Función Ejecutiva. La sentencia indicada señala textualmente lo siguiente:

"1° Que como se expresa en los considerandos de este cuerpo normativo, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que contiene la disposición impugnada, fue emitido por el Presidente de la República en ejercicio de la facultad prevista en el número 9 del artículo 171 de la Constitución, disposición que atribuye al Jefe de Estado la potestad de "dirigir la administración pública y expedir las normas necesarias para regular la integración, organización y procedimientos de la Función Ejecutiva", es decir, en definitiva, la de dictar un reglamento autónomo;

2° Que, un reglamento autónomo debe regirse, de modo general, a las prescripciones de la ley y, naturalmente de la Constitución (artículo 272), ocurriendo que, en el caso del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, **existen materias que son de exclusiva regulación por parte del Primer Mandatario, como es el caso del número de ministerios, su denominación y asuntos de su competencia** (Art. 176, inc.2° CE), **las que, en consecuencia, quedan fuera del ámbito de competencia de la ley.**

3° Que en consecuencia, **en caso de contradicción entre el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y una ley, la solución de la contradicción normativa no se resuelve por el principio jerárquico o por el de especialidad (que solo es aplicable entre normas de una misma jerarquía dispositiva), sino por el principio de competencia material. Así, de este modo, tal como el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva tiene competencia exclusiva para regular los asuntos de integración y organización de ese Poder del Estado, no podrá ni invadir materias que se reservan por mandato constitucional a las leyes, sean éstas orgánicas u ordinarias (artículos 141 y 142 de la Constitución Política), ni contener disposiciones que se refieran a dependencias que no forman parte de esta Función del Estado"**[12].

En los últimos años ha existido la tendencia a la creación de numerosas entidades que dotadas de personalidad jurídica se han convertido en verdaderos entes de regulación y control por

incluiría someter a consulta un proyecto elaborado en el gobierno del Dr. Gustavo Noboa, se abriría la puerta para la existencia de un Estado autonómico, según en modelo español, que permitiría a las Provincias asumir autonomía.

[12] El resaltado es mío.

sectores que en algunos casos han sido delegados al sector privado y que en otros han permitido el ejercicio de la potestad estatal, cuyas funciones no siempre son fáciles de encasillar y de excluir de lo que significa administración pública.

Ejemplos los tenemos con el Servicio de Rentas Internas, con la Corporación Aduanera Ecuatoriana o con el Consejo Nacional de Electricidad, los cuales tienen facultad de regulación en los sectores que intervienen pero que en algunos casos, como el de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, son verdaderos administradores de las aduanas del país y que pese a la composición de su Directorio: a) El Director del Servicio de Rentas Internas (SRI); b) El Ministro de Economía y Finanzas; c) El Ministro de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad; y, d) Un vocal designado por las Cámaras de la Producción, aún se discute si integra o no la Administración Pública Institucional. Esta corporación tiene inclusive sus propios procedimientos administrativos que difieren de aquellos establecidos por el Presidente de la Republica para la Administración Pública Central e Institucional, lo que contribuye al debate sobre su independencia y autonomía.

De otra parte, el artículo 118 de la Constitución incluye entre las entidades del Estado a aquellas que integran el régimen seccional autónomo.

La propia Constitución señala en el artículo 224 que "El territorio del Ecuador es indivisible. Para la administración del Estado y la representación política existirán provincias, cantones y parroquias. Habrá circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas que serán establecidas por la ley".

Hasta ahora no se han expedido leyes que establezcan el régimen de las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas.

Los gobiernos seccionales autónomos, señala el artículo 228 de la Constitución, serán ejercidos por los consejos provinciales, los concejos municipales, las juntas parroquiales y los organismos que determine la ley para la administración de las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas. Los gobiernos provincial y cantonal gozarán de plena autonomía y, en uso de su facultad legislativa podrán dictar ordenanzas, crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras.

No obstante la autonomía que constitucionalmente se les reconoce, únicamente mediante Ley Orgánica se puede regular su estructura, integración, deberes y atribuciones de conformidad con el articulo 144 de la Constitución Política de la Republica. En definitiva, no existe la capacidad de autorregulación, ya que el Congreso Nacional debe aprobar las leyes orgánicas que las regulen. Es dentro de esta esfera legal donde se desenvuelven los gobiernos seccionales autónomos.

Tanto los Municipios cuanto los Consejos Provinciales y las Juntas Parroquiales constituyen personas jurídicas de Derecho Público. Los Municipios están facultados además para participar en la conformación de entidades privadas, sin fines de lucro, individualmente o mancomunadas con otras municipalidades o entidades del sector público[13]. Esta última facultad que ha sido reconocida recientemente, fue sin embargo utilizada de manera significativa en los años pasados por algunos municipios, a tal punto que prácticamente toda la obra municipal era realizada por fundaciones, que al estar sometidas al derecho privado, no se sujetaban a los procedimientos contractuales propias de las entidades del Estado, en un abierto caso de huida del Derecho

[13] A partir de las recientes reformas a la Ley de Régimen Municipal publicadas en el Registro Oficial Suplemento N°429 de 27 de septiembre de 2004.

Administrativo, lo cual debe llevarnos verdaderamente a la reflexión, ya que si bien los resultados han sido apreciables, al permitirse contrataciones mucho más ágiles, existe un absoluto desconocimiento ciudadano de los principios o motivaciones que han permitido tales contrataciones, lo cual es incompatible con un Estado de derecho.

Destaca también dentro de la organización administrativa el régimen especial de las Islas Galápagos. Así, el artículo 239 dispone que:

"**Art. 239.-** La provincia de Galápagos tendrá un régimen especial.

El Instituto Nacional Galápagos o el que haga sus veces, realizará la planificación provincial, aprobará los presupuestos de las entidades del régimen seccional dependiente y autónomo y controlará su ejecución. Lo dirigirá un consejo integrado por el gobernador, quien lo presidirá; los alcaldes, el prefecto provincial, representantes de las áreas científicas y técnicas, y otras personas e instituciones que establezca la ley.

La planificación provincial realizada por el Instituto Nacional Galápagos, que contará con asistencia técnica y científica y con la participación de las entidades del régimen seccional dependiente y autónomo, será única y obligatoria".

III. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Salvo el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, no existe en el Ecuador ningún cuerpo normativo orientado directamente a regular este fundamental factor de la actividad pública.

Por ello, para entender debidamente su conceptualización, es necesario previamente referir los antecedentes de la expedición de las denominadas Normas de Procedimiento Administrativo Común de la Función Ejecutiva, que se integraron al Estatuto, como Libro II, en el mes de diciembre del año 2002.

Sin duda el principal aspecto a considerar es el del entendimiento de cuál es el referente fundamental para la interpretación y aplicación del derecho.

Sabido es que generalmente se piensa que las leyes aún pueden ser interpretadas de acuerdo con las anacrónicas disposiciones del artículo 18 del Código Civil. Aún en nuestras Universidades se enseñan exclusivamente estas reglas de interpretación, que constituyen el único referente obligatorio para los jueces y abogados.

Sin embargo, si aceptamos que el nuevo valor fundamental que influye en la interpretación de la ley es la Norma Constitucional, con sus propios mecanismos de interpretación, no resulta difícil comprender que la interpretación constitucional se convierte en factor fundamental para dilucidar tan grave dilema que representa interpretar una ley.

En este sentido, han sido varios los esfuerzos desplegados en los últimos tiempos y específicamente, con la expedición del Decreto Ejecutivo N°2824 que se publicó en el Registro Oficial N° 623 de 22 de julio de 2002[14], en que se optó por situar como referente máximo de la interpretación de la normativa legal a la Constitución Política de la República y su significado.

[14] Que tuve la suerte de someter a consideración del entonces Presidente de la República, cuando me desempeñé como su asesor jurídico externo.

Por ello se señaló en el Decreto en mención que "No cabe duda de que el principal consenso de una sociedad es su Constitución, que no es otra cosa que el instrumento jurídico que recoge los intereses de los diferentes actores sociales de un Estado. Resulta evidente que en la medida en que en un Estado se respete ese consenso básico, se habrá dado un gran paso hacia el logro de la paz social. Un Estado en el que no se respetan los consensos consagrados en la Norma Fundamental no puede ser denominado de Derecho y en consecuencia no ofrece las garantías para el recto desenvolvimiento de sus habitantes".

Al señalar que "Nuestra Constitución y los derechos que ella reconoce, no constituyen únicamente un conjunto de principios inspiradores del ordenamiento jurídico secundario, sino verdaderas normas jurídicas de aplicación inmediata y directa por parte de cualquier juez o tribunal", el Presidente de la República efectuó una valoración de especial trascendencia, señalando una nueva concepción para hacer efectiva la función principal del Estado que consiste precisamente en hacer respetar los derechos que la Constitución protege, tal como lo señala el artículo 16 de la Norma Suprema, según el cual "El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución".

El reconocimiento expreso de esta nueva concepción permitió afirmar en el Decreto N°2824 que "Uno de los elementos en que se sustenta este consenso básico es el de la supremacía de la Constitución previsto en el artículo 272, según el cual ésta prevalece sobre cualquier otra norma legal, lo que trae como consecuencia que las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos deberán mantener conformidad con sus disposiciones, careciendo de valor si de algún modo estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones", efectuando de esta manera un ruptura con la vieja concepción del culto irrestricto a las leyes en desmedro de la Constitución, razón por la cual se expresó que "el viejo dogma tan arraigado en nuestra cultura jurídica según el cual las disposiciones de inferior jerarquía se aplican, aun cuando fueren manifiestamente inconstitucionales, hasta tanto el Tribunal Constitucional las declare inconstitucionales, cede ante la supremacía indicada, que obliga a quienes tienen la obligación de aplicar la ley y demás normas secundarias, a aplicar la norma jerárquicamente superior, incluyendo evidentemente a la Constitución, tal como lo señalan los artículos 272 segundo inciso y 273 de la Constitución".

Esta declaración, por primera vez exteriorizada en nuestra vida republicana por un Presidente de la República, a través de un Decreto Ejecutivo, constituyó un compromiso con el "... nuevo entendimiento de la prevalencia de la Constitución y de su importancia como fundamento para la paz social", por el cual se auto obligó a "...actuar de manera decidida y firme a efectos de, en el ámbito de sus facultades, fomentar la cultura jurídica del respeto a la jerarquía jurídica que consagra la Constitución, en tanto consenso fundamental de la sociedad".

Este compromiso llevó al entonces Presidente de la República a "Calificar como prioritario y urgente para el logro de la seguridad jurídica del país un proceso de depuración normativa que ajuste las disposiciones secundarias dictadas dentro del ámbito de la Función Ejecutiva a la Constitución Política de la República", para lo cual conformó una Comisión Jurídica de Depuración Normativa[15], encargada de preparar los proyectos de Decretos Ejecutivos necesarios para el logro de los fines perseguidos.

[15] Actuando como asesor jurídico externo de la Presidencia de la República diseñé el plan de fortalecimiento de la seguridad jurídica en el país, el mismo que fue aprobado en todas sus partes por el Presidente de la República.

Como es frecuente en nuestro país cada vez que se producen cambios significativos, conformada la Comisión Jurídica, el Presidente de la República fue duramente criticado por quienes aspiran que la seguridad jurídica no sea más que ese lugar común que permite manifestaciones de lo más inverosímiles y que permite efectuar propuestas que justifiquen protagonismo.

Lo cierto es que pese a las críticas, la Comisión Jurídica se integró y propuso un plan de trabajo el mismo que giró en torno a varios ejes.

El plan propuesto partió de un diagnóstico de lo que afecta a la seguridad jurídica y de lo que el Presidente de la República, dentro del ámbito de sus competencias podía hacer para fortalecerla. Parte del diagnóstico fue la necesidad de contar con un instrumento que regule el procedimiento administrativo.

Por ello y acogiendo una recomendación de la Comisión Jurídica, expidió el Decreto Ejecutivo No. 3057 publicado en el Registro Oficial No. 660 de 11 de septiembre de 2002, que estableció como política de Estado el proceso de fortalecimiento de la seguridad jurídica del país y aprobó el plan de acción propuesto por la Comisión Jurídica de Depuración Normativa. El mencionado plan consistía en:

1. Derogar aquellas disposiciones generales dentro del ámbito de los Ministerios de Estado que han perdido vigencia, ya sea:
   - Por haber sido derogadas tácitamente;
   - Por resultar anacrónicas;
   - Por ser contrarias a la Constitución o la ley; o,
   - Por haber sido objeto de regulación a través de ley posterior.

2. Expedir el Régimen Común de Procedimientos Administrativos, a efectos de simplificar, unificar y organizar la actuación de la Administración Pública.

3. Expedir el Reglamento para el Control de los Actos Discrecionales en la Administración Pública, en el entendido de que discrecionalidad no significa arbitrariedad, sino la elección de una entre varias opciones igualmente justas.

4. Organizar en un instrumento único por Ministerio, todas las normas de carácter general que tengan incidencia directa en la gestión pública, para facilitar y brindar certeza, tanto a los funcionarios cuanto a los ciudadanos, respecto de la legislación aplicable a cada situación concreta[16].

Como resultado del trabajo de la Comisión, el Presidente de la República expidió varios Decretos Ejecutivos, que derogaron expresamente un aproximado de 2500 cuerpos normativos; el Decreto Ejecutivo N°3389 publicado en el Registro Oficial N°733 de 27 de diciembre de 2002, mediante el cual se expiden las Normas de Procedimiento Administrativo Común de la Función

[16] En definitiva, después de un proceso de depuración, se llegaba a la codificación o elaboración de Textos Unificados, lo cual ha facilitado enormemente el ejercicio profesional relacionado con los Ministerios de Estado y ha servido de modelo para importantes trabajos que en la actualidad realiza la Comisión de Legislación del Congreso Nacional, tal cual consta por ejemplo de la reciente recopilación de leyes agrarias que se publica en el Suplemento del Registro Oficial N°315 de 16 de abril de 2004.

Ejecutiva; el Decreto Ejecutivo N°3179 publicado en el Registro Oficial N°686 del 18 de octubre del 2002, mediante el cual se expide el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los Actos de la Administración Pública.

Luego de un profundo proceso de depuración normativa, ya con la normativa vigente en su totalidad se empezó el proceso de expedición de los Textos Unificados de Legislación Secundaria referente a cada Ministerio de Estado.

Este proceso de expedición de textos unificados de legislación secundaria estuvo orientado a facilitar el acceso de los ciudadanos y de los mismos funcionarios a la normativa vigente en cada Ministerio de Estado. De esta manera, lo que antes se consideraba como un caos jurídico, porque nadie conocía la totalidad de las normas aplicables o vigentes en cada Ministerio de Estado, ni siquiera los propios abogados de los respectivos Ministerios, se convirtió en un ordenamiento único, ordenado y de simple acceso. Es así que se eliminaron centenares de disposiciones esparcidas en el ordenamiento jurídico (a más de las eliminadas en el proceso de depuración), en virtud de que se encuentran ahora compiladas en un solo texto. Además, los mencionados textos unificados establecen la obligatoriedad, en los casos de reformas a sus disposiciones, de señalar expresamente las disposiciones que se reformen, deroguen o añadan al mencionado texto.

Adicionalmente, el Decreto Ejecutivo N°3054 que se publicó en el Registro Oficial N°660 de 11 de septiembre de 2002, mediante el cual se unificó el procedimiento para la aprobación de corporaciones civiles y fundaciones, orientado a que todos los Ministerios sigan un mismo procedimiento para el efecto, evitando de esta manera que dentro del mismo Estado y dentro de la Función Ejecutiva se exijan requisitos diversos para trámites similares.

Finalmente, el Decreto Ejecutivo N°3155 publicado en el Registro Oficial N° 681 de 11 de octubre de 2002, mediante el cual se creó el Gabinete Jurídico de la Función Ejecutiva, el mismo que permitirá el uso de un lenguaje común en materia jurídica en los diversos Ministerios de Estado, brindando seguridad a las instituciones públicas y a los ciudadanos y permitiendo la aplicación de criterios similares ante las mismas situaciones jurídicas.

Es desde la óptica reseñada antes que debe iniciarse el análisis y la explicación de las Normas de Procedimiento Administrativo Común de la Función Ejecutiva, lo cual se constata con la revisión de la parte considerativa, que contiene enunciados de gran riqueza doctrinal y que constituye desde ya un referente obligado para la interpretación de sus normas.

Se afirma en la parte considerativa, al igual que lo hace la Constitución Española de 1978 y la Ley de Procedimientos Administrativos de 1992, con sus reformas, cuya influencia en esta materia y en el ordenamiento administrativo ecuatoriano es cada vez más notoria, que las "actuaciones de los poderes públicos deben servir con objetividad los intereses generales y garantizar la vigencia de los derechos de los ciudadanos, para lo cual es indispensable contar con una regulación del procedimiento administrativo acorde con los requerimientos de la sociedad actual".

Nótese el cambio profundo que significa situar a la Administración en el mismo nivel que el ciudadano. Es decir, se plantea el necesario y democrático equilibrio entre lo público y lo privado. De una parte el interés público, que es servicio a la colectividad y de otra parte el interés privado, la satisfacción de los derechos fundamentales. Quedó atrás entonces la vieja fórmula según la cual el Estado, por representar intereses generales podía desconocer los derechos individuales en busca del tan reiterado bien común.

Lo que el cambio significa es que el bien común no puede lograrse a expensas del sacrificio de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por supuesto que lograr plasmar estas concepciones doctrinarias en la aplicación diaria del derecho será una tarea inagotable. No obstante, ahora contamos con los mecanismos necesarios para que los jueces y funcionarios, finalmente, nos digan qué es el derecho, lo que se logrará a través de su correcta y efectiva aplicación.

De nada sirven los mejores enunciados si quienes aplican e interpretan las normas carecen de la vocación y el conocimiento necesarios. Sin embargo, esa es la tarea de todos, lograr la plena vigencia de la paz social a través de la justa aplicación del derecho.

En esa misma línea, las Normas de Procedimiento Común Administrativo se inspiran en el reconocimiento de las garantías del debido proceso y en la implantación de los mecanismos de impugnación de forma sistemática e integradora, que introduce innovaciones que promueven el desarrollo del procedimiento administrativo y su optimización.

Estas Normas contienen disposiciones que unifican los procedimientos administrativos en la Función Ejecutiva. También contienen disposiciones que determinan su ámbito de aplicación y los principios rectores, así como las que señalan la responsabilidad de la Administración Pública, las partes en el proceso administrativo, los plazos para los correspondientes actuaciones, el contenido de los actos administrativos, la necesidad de motivación, los efectos de los actos, las notificaciones, el sistema de nulidades, la conversión, la conservación y la convalidación de los actos administrativos.

Ya en el procedimiento propiamente dicho, encontramos disposiciones respecto a su iniciación, medidas provisionales, actuación de los interesados, desistimiento, renuncia, caducidad, imposibilidad material de continuar el proceso por causas sobrevenidas, entre otras.

Encontramos también disposiciones sobre la ejecución de los actos administrativos, su revisión de oficio, las reclamaciones y recursos.

Entre los adelantos más importantes del Estatuto encontramos las disposiciones respecto de la suspensión de los actos administrativos y, por primera vez en nuestro ordenamiento, los principios de la potestad sancionadora de la administración.

IV. EL ACTO ADMNISTRATIVO, SU EJECUCIÓN, PRINCIPIO DE AUTOTUTELA Y LOS RECURSOS EN VIA ADMINISTRATIVA

El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva define al acto administrativo como "Toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa", los cuales, para que tengan eficacia deben ser "obligatoriamente notificados al administrado y mientras no lo sean no tendrán eficacia con respecto a quienes se haya omitido la notificación". Señala también el Estatuto que "la ejecución de actuaciones ordenadas en actos administrativos no notificados constituirán, para efectos de la responsabilidad de los funcionarios públicos, vías de hecho".

Los actos administrativos que afecten a los derechos e intereses de los administrados deben ser notificados. Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente, así

como la expresión de las acciones contencioso administrativas y el plazo para interponerlas. Las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el numeral anterior surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda.

Los actos administrativos que dicte la Administración Pública Central, bien de oficio o a instancia del interesado, deben producirse por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido. Sin embargo, son elementos sustanciales del acto la indicación del titular del órgano, la indicación de la norma que atribuye la potestad al órgano y a su titular para expedirlo; la indicación clara de los fundamentos de hecho y las normas aplicables al caso, así como su relación; y, la indicación de los actos de simple administración, informes, estudios o actos de trámite que han conformado el procedimiento administrativo previo a la expedición del acto.

Además, los actos administrativos necesariamente se producirán por escrito. En los casos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede. Si se tratara de resoluciones, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido. Cuando deba dictarse una serie de actos administrativos de la misma naturaleza, tales como nombramientos, concesiones o licencias, podrán refundirse en un único acto, resuelto por el órgano competente, que especificará las personas u otras circunstancias que individualicen los efectos del acto para cada interesado.

La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos se realizará de conformidad con lo que dispone la Constitución, la ley y la normativa aplicable. La falta de motivación entendida ésta como la enunciación de las normas y de los hechos particulares, así como la relación coherente entre éstas y aquellos produce la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución.

Para garantizar el derecho fundamental a la seguridad jurídica y el derecho de petición consagrados en la Constitución Política de la Republica, todos los actos administrativos dictados por la Administración Pública Central o Institucional deberán ajustarse a lo dispuesto en el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los Actos de la Administración Pública.

Los actos administrativos se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa. La eficacia está supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior o quedará suspendida cuando así lo exija el contenido del acto. Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.

Los actos así dictados se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en el Estatuto. Los actos de la Administración Pública serán ejecutivos, salvo las excepciones establecidas en el Estatuto y en la legislación vigente. Se entiende por ejecutividad la obligación que tienen los administrados de cumplir lo dispuesto en el acto administrativo.

La Administración Pública Central e Institucional no puede iniciar ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución –acto administrativo– que le sirva de fundamento jurídico. El órgano que

ordene un acto de ejecución material de resoluciones estará obligado a notificar al particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa. La Administración Pública, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los tribunales para efectos de dicha ejecución. La ejecución forzosa por la Administración Pública Central se efectuará, respetando siempre el principio de proporcionalidad y por los medios previstos en la ley. Si fueran varios los medios de ejecución admisibles se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual. Si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado, la Administración Pública deberá obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial. Si en virtud de acto administrativo hubiera de satisfacerse cantidad de dinero, se seguirá el procedimiento coactivo previsto en el Código Tributario, salvo lo previsto en leyes especiales.

Los actos administrativos que impongan una obligación personalísima de no hacer o de soportar, podrán ser ejecutados por compulsión directa sobre las personas en los casos en que la ley expresamente lo autorice y dentro siempre del respeto debido a su dignidad y a los derechos reconocidos en la Constitución. Si tratándose de obligaciones personalísimas de hacer, no se realizase la prestación, el obligado deberá resarcir los daños y perjuicios a cuya liquidación y cobro se procederá en vía administrativa.

Son anulables los actos de la administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo, salvo que se hubiese producido el silencio administrativo, en cuyo caso, la actuación será nula de pleno derecho.

Todos los actos administrativos expedidos por los órganos y entidades sometidos al Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva serán impugnables en sede administrativa o judicial. La impugnación en sede administrativa se hará de conformidad del mencionado Estatuto. La impugnación en sede judicial se someterá a las disposiciones legales aplicables y en especial a la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En todo caso, quien se considere afectado por un acto administrativo lo podrá impugnar judicialmente ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de manera directa de conformidad con el articulo 38 de la Ley de Modernización del Estado, que señala que no será necesario para el ejercicio de este derecho el que haya precedido reclamación administrativa previa, la misma que será optativa.

V. LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN

El régimen de contratación de la administración pública en el Ecuador es regulado por varias leyes, en función del tipo de contratación y en función de la naturaleza de la entidad del Estado de que se trate.

Así, la Ley de Contratación Pública, aplicable al Estado y las entidades del sector público – según las define la Constitución Política en su artículo 118 – regula la contratación de la ejecu-

ción de obras, la adquisición de bienes, así como la prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría.

No se someten a esta ley las instituciones del sector público respecto a las cuales una ley especial así lo haya dispuesto. Los contratos de adquisición de insumos médicos, fármacos y material quirúrgico, que celebren las entidades del sector público, incluido el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que presten servicios de salud, no se sujetarán a las disposiciones de esta ley, sino a su propio reglamento que para el efecto dictó el Presidente de la República. Tampoco se someterán a esta ley los contratos cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o las entidades del sector público.

Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado se sujetan a las disposiciones de la Ley de Contratación Pública exclusivamente en cuanto a los contratos que celebren y se financien en todo o en parte con recursos públicos o subvenciones del Estado.

Por su parte, la Ley de Consultoría, regula la contratación de la prestación de servicios profesionales especializados, que tengan por objeto identificar, planificar, elaborar o evaluar proyectos de desarrollo, en sus niveles de prefactibilidad, factibilidad, diseño u operación. La consultoría comprende, además, la supervisión, fiscalización y evaluación de proyectos, así como los servicios de asesoría y asistencia técnica, elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación.

Esta ley regula también los servicios de apoyo a la consultoría, los servicios auxiliares que no implican dictamen o juicio profesional, tales como los de contabilidad, topografía, cartografía, aerofotogrametría, la realización de ensayos y perforaciones geotécnicas sin interpretación, la computación, el procesamiento de datos y el uso auxiliar de equipos especiales.

Los procesos de concesión de servicios públicos, en cambio, son regulados por la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, expedida en el mes de diciembre de 1993.

El régimen de contratación del personal al servicio de la administración se regula por la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, de reciente expedición.

Ciertas instituciones sujetan su contratación a leyes y/o reglamentos especiales, tales como el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, o las empresas estatales petroleras, que se someten a su Reglamento Especial.

Adicionalmente y para casos puntuales, las instituciones del Estado están facultadas, en virtud de las disposiciones de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado para contratar asesoría técnica especifica, de conformidad con la disposición transitoria cuarta de la mencionada ley.

VI. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

La Constitución Política de la República, al regular los derechos y garantías de los ciudadanos y especialmente las garantías del debido proceso, señala que "Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la

Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia: 1. Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento".

Esta garantía, que es una consecuencia del principio de legalidad y de la reserva de ley prevista en el artículo 141, adquiere su desarrollo en las Normas de Procedimiento Administrativo Común de la Función Ejecutiva.

El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva contempla los principios de la potestad sancionadora, entre los cuales incluye el **principio de legalidad**: "1. La potestad sancionadora de la Administración Pública, reconocida por la Constitución se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta norma. 2. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal. 3. Las disposiciones de este título no son de aplicación al ejercicio, por la Administración Pública Central, de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual"; **el principio de la irretroactividad**: "1. Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa. 2. Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor"; **el principio de tipicidad**: "1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una ley. 2. Unicamente por la Comisión de Infracciones Administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la ley. 3. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica"; **el principio de la responsabilidad**: "1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas naturales y jurídicas que resulten responsables de los mismos. 2. Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderá de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan. Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores. 3. La máxima autoridad de la unidad de asesoría jurídica de la entidad u organismo que emita la normativa, certificará por escrito que dicho cuerpo legal no contradice la Constitución Política de la República, los Convenios Internacionales Ratificados por el Ecuador y las leyes vigentes. Será de responsabilidad de la Subsecretaría General Jurídica de la Presidencia de la República la validación de los certificados emitidos, en forma previa a la publicación de dicha normativa en el Registro Oficial. El servidor público que incumpliere la obligación prescrita en este numeral, incurrirá en responsabilidad administrativa, conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público"; **y el principio de la proporcionalidad**: "1. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad. 2. Salvo lo previsto en la ley, en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por la Administración Pública Central se deberá guardar

la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: a) La existencia de intencionalidad o reiteración; b) La naturaleza de los perjuicios causados; y, c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme".

El Estatuto contiene también disposiciones respecto de la prescripción: "1. Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan. 2. El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado más de un mes por causa no imputable al presunto responsable. 3. El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor".

Refiere también el Estatuto el caso de la concurrencia de infracciones: "Nadie podrá ser sancionado por un hecho que haya sido sancionado penal o administrativamente, en los casos en que exista identidad del sujeto, hecho y fundamento".

Establece también garantías especiales respecto del procedimiento: "1. El ejercicio de la potestad sancionadora requerirá procedimiento legal establecido. 2. En ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento".

Consagra los derechos de los presuntos responsables: "Los procedimientos sancionadores garantizarán al presunto responsable los siguientes derechos: A ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia. A formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes".

Se contempla la adopción de medidas de carácter provisional: "Cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionadores, se podrá proceder mediante resolución motivada a la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer". Se ratifica la presunción de inocencia prevista en la Constitución: "1. Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario. 2. Los hechos declarados y probados por resoluciones judiciales penales firmes deberán ser considerados por la Administración Pública Central respecto de los procedimientos sancionadores que substancien. 3. Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados. 4. Se practicarán de oficio o se admitirán a propuesta del presunto responsable cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades. Sólo podrán declararse improcedentes aquellas pruebas que por su relación con los hechos no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable".

Se reitera la obligación constitucional de motivar las actuaciones públicas: "1. La resolución que ponga fin al procedimiento habrá de ser motivada y resolverá todas las cuestiones planteadas

en el expediente. 2. En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica. 3. La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. En la resolución se adoptarán, en su caso, las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva".

Finalmente, se contempla la caducidad en el procedimiento sancionador: "El procedimiento administrativo sancionador o de control caducará, en todos los casos y administraciones sometidas a este estatuto, si luego de 20 días de iniciado, la administración suspende su continuación o impulso. De ser ese el caso, la Administración deberá notificar nuevamente al presunto responsable con la iniciación de un nuevo procedimiento sancionador. Se entenderá que el procedimiento ha sido suspendido, si el presunto responsable no ha recibido resolución o requerimiento de la administración en el plazo establecido en este artículo".

VIII. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Es indudable que los funcionarios públicos aun cuando actúan en ejercicio de potestades regladas, es decir, consideradas de forma previa por el ordenamiento, lo hacen con un margen de discrecionalidad. La deficiencia no radica en que exista tal discrecionalidad, la cual es inevitable, sino más bien en que no existe un adecuado entendimiento de lo que ella significa y en la ausencia de mecanismos de control y de pautas para determinar cuando el ejercicio de esa discrecionalidad es coherente con el funcionamiento del Estado de derecho.

En nuestro país ha existido la creencia errada de que discrecionalidad es sinónimo de arbitrariedad, de actuación sin parámetros y sin límites y consecuente con ello, de inexistencia de mecanismos de control. Incluso se ha sustentado en defensa de esta tesis que la propia Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prohíbe el enjuiciamiento de los actos discrecionales. Tal tesis, propia de la concepción del Estado omnipotente sin duda no tiene más cabida en un Estado de derecho.

Es por ello que mediante Decreto Ejecutivo N°3179 publicado en el Registro Oficial N°686 del 18 de octubre del 2002, se expidió el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los Actos de la Administración Pública.

El Decreto indicado señala en su parte considerativa que "el Ecuador es un Estado social de derecho cuyas instituciones, organismos y dependencias tienen la obligación de someterse en sus actuaciones al principio de legalidad que consagra el artículo 119 de la Constitución Política de la República; que no obstante el principio de legalidad, es evidente que la determinación legislativa de la totalidad de la actividad administrativa aparece como una utopía que debe ser dejada de lado en la medida que existan elementos operativos de racionalización del poder, en el entendido de que un margen de discrecionalidad es inevitable en el diseño de la actividad administrativa del Estado; Que la potestad discrecional se encuentra limitada por las normas procedimentales y por los principios inspiradores del ordenamiento pues la potestad discrecional, que puede y debe ejercerse válidamente en defensa del interés público, si fue otorgada por la norma, ha de llevarse a la práctica en el marco de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, garantizando que la decisión pueda ser calificada, a parte de racional como razonable; Que en todo acto concurren elementos reglados y discrecionales y que no existen los actos discrecionales

puros, por lo que si bien la elección discrecional se basa en criterios extrajurídicos de decisión, a ella concurren elementos predeterminados por el derecho, que son básicamente delimitados por la propia potestad atribuida al órgano; Que el sometimiento de la actividad administrativa al derecho, hace que las potestades discrecionales puedan ser controladas a través de un conjunto de técnicas a la luz de los principios generales del derecho, como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia en un fallo reciente; Que la propuesta de la Cámara de Comercio de Quito de eliminar la discrecionalidad a través de reemplazar la expresión «podrá» por «deberá» en las normas que la contienen, no soluciona el problema de la arbitrariedad en la expedición de actos administrativos, no siendo en consecuencia una propuesta técnicamente aceptable".

El Reglamento, aplicable a la Función Ejecutiva y por tanto a la Administración Pública Central e Institucional, señala que "La potestad discrecional de la administración en la producción de actos administrativos se justifica en la presunción de racionalidad con que aquella se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos a tener en cuenta en su decisión, a fin de que la potestad discrecional no sea arbitraria, ni sea utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue. La discrecionalidad respaldada por el derecho implica la elección de una entre varias opciones igualmente válidas, dentro de los límites de la potestad y de la competencia del órgano. Todo acto administrativo dictado en ejercicio de la potestad discrecional reglada es impugnable en vía administrativa o judicial".

El Reglamento consagra como uno de los ejes de control, el de los hechos determinantes:"De forma previa a la expedición de los actos administrativos, los funcionarios cuidarán que exista una adecuada y correcta apreciación de los presupuestos de hecho determinantes, y una acertada valoración que conduzca a que la toma de decisión se ajuste plenamente a los hechos que determinan la expedición del acto", en línea con lo cual la exigencia de motivación se desarrolla de manera contundente: "Siempre que la administración dicte actos administrativos es requisito indispensable que motive su decisión, en los términos de la Constitución y este reglamento. La motivación no es un requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, porque solo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, porque son necesarios para que pueda controlarse la actividad de la administración, y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite, puede generar la arbitrariedad e indefensión prohibidas por la Constitución. La motivación se constituye como la necesaria justificación de la discrecionalidad reglada administrativa, que opera en un contexto diferente al de la propia decisión. Aquella será atacable en materialidad a través de la desviación de poder o la falta de causa del acto administrativo, pero en el caso de los actos discrecionales encontrará su principal instrumento de control en la justificación, precisamente por la atenuación de la posible fiscalización sobre los otros elementos del acto administrativo"[17].

La exigencia de la motivación se hace extensiva a los procesos de adjudicación de contratos administrativos, lo cual es una exigencia orientada a la eliminación de una vieja fórmula que se

[17] Esta visión de la motivación se inspira en un fallo dictado en un recurso de amparo constitucional por el Tribunal Constitucional, dictado en 1999, caso Macrotech vs. Autoridad Portuaria de Guayaquil, **N°420-R-99.**

aplicaba a cualquier decisión pero no dejaba conocer los verdaderos fundamentos de la decisión. La frase típica utilizada era "Por ser la oferta la más conveniente a los intereses nacionales...". De esta manera el Reglamento que analizamos señala que "En los actos de adjudicación de contratos no basta con la adjudicación sin más, es necesario que la administración valore íntegramente el contenido de las ofertas y del expediente administrativo y que exteriorice justificadamente su decisión. El control de la discrecionalidad permitirá determinar si la administración hizo un correcto uso de sus potestades, la discrecionalidad reglada se ha de ejercer ponderada y racionalmente, debiendo decidir sin sobrepasar el ámbito de la legalidad".

De otra parte, en el Ecuador había sido común la construcciones de procesos de razonamiento sustentados en premisas no necesariamente correctas o verdaderas. Por ello, al introducir la exigencia de interdicción de la arbitrariedad, se pone de manifiesto la necesidad de que las construcciones racionales partan de premisas verdaderas: "El control a realizar deberá ser ejercido a través del principio de interdicción de la arbitrariedad, que incluye el más genérico de razonabilidad, que son los que se presentan como más idóneos para la tarea a realizar. No es suficiente que la motivación se constituya sobre premisas, sino que éstas deben ser verdaderas".

Siguiendo los enunciados de la doctrina, incluyendo a Jaime Rodríguez-Arana, García de Enterría, González Pérez y Agustín Gordillo el Reglamento contempla la denominada discrecionalidad técnica: "La administración se encuentra facultada para determinar los medios técnicos que empleará en la ejecución o implementación de obras o servicios públicos, sin que pueda desconocer las exigencias técnicas necesarias para que las obras o servicios presten un adecuado y eficiente servicio a la colectividad. La discrecionalidad técnica no debe implicar arbitrariedad, sino que es un supuesto especial de discrecionalidad reglada caracterizado por la presencia de un criterio económico, técnico o social permitidos por la ley o norma aplicable. Es decir, consiste en la facultad de apreciar y exteriorizar en cada supuesto lo mejor para el interés público con libertad de elección entre alternativas igualmente válidas, decidiendo por criterios, de oportunidad, económicos, técnicos o sociales".

Otro de los aspectos en los que repara el Reglamento, es el de los conceptos jurídicos indeterminados, cuya posibilidad de precisión abre un abanico de posibilidades que si no son adecuadamente controlados pueden dar lugar a actuaciones arbitrarias: "Frente a los conceptos jurídicos indeterminados tales como bien público, interés público, oferta más conveniente, etc, la administración buscará su concreción a cada situación particular en función de los aspectos inequívocos que rodean cada circunstancia, procurando encontrar una única solución justa, aplicable al caso en concreto, en el marco de la potestad y competencia de la administración".

En una reiteración con los principios contenidos en las Normas de Procedimiento Administrativo Común de la Función Ejecutiva, el Reglamento reitera en la necesidad de que las actuaciones de los funcionarios se ajusten al procedimiento previamente establecido: "La actuación de la administración debe respetar el procedimiento normativo establecido como previo a la emisión del acto, valorando las alternativas posibles, la relación costo-beneficio que suponen cada una de esas alternativas, no solamente desde el punto de vista económico, sino frente a efectos que pueden merecer otra valoración principal, como el impacto ecológico, cuestiones relativas a la seguridad y defensa, políticas demográficas, etc. La decisión debe ser, en consecuencia, ponderada".

En cuanto a la finalidad perseguida con la actuación, el Reglamento puntualiza que la misma debe estar orientada a la satisfacción de los fines que la norma que otorga la competencia consagra: "El acto discrecional debe ser cierto y jurídicamente posible, debiendo tender a la finalidad prevista en las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor sin poder perse-

guir encubiertamente otros fines públicos o privados distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Por tanto el elemento finalidad adquiere su principal importancia en la valoración del acto discrecional".

El Reglamento contempla también la exigencia de que la actuación discrecional sea proporcional a la finalidad perseguida y, siguiendo la tesis del finlandés Aarnio, contempla como una exigencia la de la razonabilidad: "El control de la actividad discrecional debe confirmar, finalmente; sí el proceso de la toma de decisión fue efectuado con sujeción al ordenamiento jurídico, conforme a los límites señalados en este reglamento y si la decisión discrecional, siendo racional puede y debe ser calificada como razonable".

IX. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y OTROS MODOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, EN ESPECIAL LOS ARBITRAJES.

La Constitución Política de la República señala que:

"**Art. 196.**– Los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley".

La Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada dispone por su parte que

"**Art. 38:** Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa".

La esfera de competencia de cada Tribunal Distrital viene dada, en cuanto a la materia, principalmente por lo que disponen la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y el Código Tributario. Existen, sin embargo, otras leyes que atribuyen competencias específicas a los Tribunales Distritales indicados. Así por ejemplo, la propia Ley de Modernización del Estado, para aquellos procesos de delegación de servicios públicos al sector privado, la Ley de Régimen Tributario Interno o la Ley de Propiedad Intelectual.

Como se observa, la Constitución, de forma poco adecuada limita a los actos administrativos, la naturaleza de los actos que pueden ser impugnados ante la Función Judicial. Afortunadamente nadie en el país ha cuestionado la facultad de control contencioso administrativo, que tienen los

Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo. Incluso el propio Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva expresamente señala que todos sus actos están sometidos al pleno al control jurisdiccional.

A más del conocimiento de la impugnación de los actos administrativos y de los actos normativos, el Tribunal es competente para conocer las controversias derivadas de la contratación pública, hasta hace poco sometidas a jurisdicción civil especial, prevista en la Ley de Contratación Pública, así como al conocimiento de las acciones que se presenten en contra del Estado para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado, único caso en que es necesario agotar de forma previa la vía administrativa. El articulo 209 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva

"**Art. 209.** –De la responsabilidad patrimonial–. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a la que se refiere el Art. 20 de la Constitución Política de la República, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública Central o Institucional de la Función Ejecutiva, ante el órgano de mayor jerarquía, las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio o por el funcionamiento de los servicios públicos. La reclamación será inmediatamente puesta en conocimiento de la Procuraduría General del Estado para la coordinación de la defensa estatal.

Están legitimados para interponer esta petición, los particulares a quienes las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios les hubieren irrogado perjuicios".

"**Art. 212.** –Acción judicial–. Si el órgano competente de la respectiva Administración Pública niega la indemnización reclamada en forma total o parcial o se abstiene de pronunciar la resolución en el plazo de tres meses, el interesado tendrá derecho a la acción contenciosa ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente".

Por otro lado, la Constitución Política de la República reconoce el arbitraje como un medio alternativo para la resolución de conflictos, en su artículo 191.

La Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial N°145 de 4 de septiembre de 1997, señala en el artículo 4 la facultad para que el Estado y sus instituciones puedan someter sus conflictos contractuales al procedimiento arbitral en ella previsto:

"**Art. 4.–** Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;

La relación jurídica al cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;

En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,

El convenio arbitral, por medio del cual la Institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha Institución.

El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral".

La facultad de sometimiento a tribunales arbitrales, nacionales e internacionales, se ratifica y amplía en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial N° 312 del 13 de abril de 2004:

"**Art. 11.** –Del arbitraje y la mediación–. Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio.

Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación, de conformidad con las leyes pertinentes. Para someterse al arbitraje internacional requerirán además la autorización de la Procuraduría General del Estado".

Uno de los centros de arbitraje internacional reconocidos por el Ecuador es el del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, tal cual consta del Texto Unificado de Legislación del MICIP, publicado en el Registro Oficial N°744, de 14 de enero de 2003:

"**Art. 29.** –Arbitraje–. Cuando surja una diferencia relativa a la inversión o a la ejecución del contrato de inversión, el inversionista y, si fuere el caso, la empresa receptora, con el concurso del Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad, procurarán resolverla mediante consultas y negociaciones con las entidades directa o indirectamente relacionadas con el conflicto.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 32 de la ley, en el contrato de inversión estipulará que las controversias que no hayan podido ser amigablemente resueltas podrán someterse a la decisión del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscrito por la República del Ecuador, como Estado Miembro del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, publicado en el Registro Oficial No. 386 el 3 de marzo de 1986. En el contrato de inversión se establecerá también que el arbitraje tendrá lugar en un Estado que sea Parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, publicado en el Registro Oficial No. 43 de 29 de diciembre de 1961, el que será precisado en el correspondiente contrato de inversión".

En este punto es necesario señalar que la posibilidad de que los Estados sometan sus diferencias a estos Centros Internacionales de Arbitraje, comporta una forma moderna de huir del Derecho Administrativo y de la jurisdicción estatal, situación que podrá ponerse de moda en mucho en la medida en que los Estados no ofrezcan garantías de una Función Judicial seria e imparcial.

X. OTRAS TÉCNICAS DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN.

Adicionalmente a la jurisdicción contencioso administrativa, la legislación ecuatoriana contempla la jurisdicción constitucional para hacer frente a los actos de la administración.

El artículo 276 de la Constitución Política de la República, dispone que:

"Competerá al Tribunal Constitucional:

1. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado, y suspender total o parcialmente sus efectos.

2. Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocatoria del acto, sin perjuicio de que el órgano administrativo adopte las medidas necesarias para preservar el respeto a las normas constitucionales.

3. Conocer las resoluciones que denieguen el hábeas corpus, el hábeas data y el amparo, y los casos de apelación previstos en la acción de amparo.

4. Dictaminar sobre las objeciones de inconstitucionalidad que haya hecho el Presidente de la República, en el proceso de formación de las leyes.

5. Dictaminar de conformidad con la Constitución, tratados o convenios internacionales previo a su aprobación por el Congreso Nacional.

6. Dirimir conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución.

7. Ejercer las demás atribuciones que le confieran la Constitución y las leyes.

Las providencias de la Función Judicial no serán susceptibles de control por parte del Tribunal Constitucional".

Por su parte, el artículo 95 ibidem, al consagrar la acción de amparo constitucional señala que:

"**Art. 95.** –Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.

No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso.

También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

Para la acción de amparo no habrá inhibición del juez que deba conocerla y todos los días serán hábiles.

El juez convocará de inmediato a las partes, para oírlas en audiencia pública dentro de las veinticuatro horas subsiguientes y, en la misma providencia, de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho.

Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez dictará la resolución, la cual se cumplirá de inmediato, sin perjuicio de que tal resolución pueda ser apelada para su confirmación o revocatoria, para ante el Tribunal Constitucional.

La ley determinará las sanciones aplicables a las autoridades o personas que incumplan las resoluciones dictadas por el juez; y a los jueces y magistrados que violen el procedimiento de

amparo, independientemente de las acciones legales a que hubiere lugar. Para asegurar el cumplimiento del amparo, el juez podrá adoptar las medidas que considere pertinentes, e incluso acudir a la ayuda de la fuerza pública.

No serán aplicables las normas procesales que se opongan a la acción de amparo, ni las disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho".

Otro mecanismo de control a las actuaciones de la Administración Pública, es a través de la Contraloría General del Estado goza de facultad privativa para establecer indicios de responsabilidad administrativa, civil o penal por las actuaciones de los funcionarios, tal como lo ha previsto el artículo 212 de la Constitución:

"**Art. 212.** –La Contraloría General del Estado tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, y hará el seguimiento permanente y oportuno para asegurar el cumplimiento de sus disposiciones y controles.

Los funcionarios que, en ejercicio indebido de las facultades de control, causen daños y perjuicios al interés público o a terceros, serán civil y penalmente responsables".

Del mismo modo, en determinadas circunstancias, la Procuraduría General del Estado puede adoptar decisiones correctivas de carácter mandatorio:

"**Séptima**: El Procurador General del Estado podrá solicitar de las autoridades, funcionarios, organismos, entidades, o dependencias del sector público, la rectificación o modificación de los actos o contratos que se hubieren adoptado con violación de la Constitución Política de la República o de la ley".

Ya en el ámbito político, el Congreso Nacional está facultado para controlar y supervisar la actuación de los funcionarios públicos, a través de la Comisión de Fiscalización, a quienes puede incluso llamar a juicio político, según el artículo 130 de la Constitución Política de la República, que señala:

"**Art. 130**. –El Congreso Nacional tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

8. Fiscalizar los actos de la Función Ejecutiva y los del Tribunal Supremo Electoral y solicitar a los funcionarios públicos las informaciones que considere necesarias.

9. Proceder al enjuiciamiento político, a solicitud de al menos una cuarta parte de los integrantes del Congreso Nacional, del Presidente y Vicepresidente de la República, de los ministros de Estado, del Contralor General y Procurador del Estado, del Defensor del Pueblo, del Ministro Fiscal General; de los superintendentes, de los vocales del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Electoral, durante el ejercicio de sus funciones y hasta un año después de terminadas.

El Presidente y Vicepresidente de la República solo podrán ser enjuiciados políticamente por la comisión de delitos contra la seguridad del Estado o por delitos de concusión, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito, y su censura y destitución solo podrá resolverse con el voto conforme de las dos terceras partes de los integrantes del Congreso. No será necesario enjuiciamiento penal para iniciar este proceso.

Los demás funcionarios referidos en este número podrán ser enjuiciados políticamente por infracciones constitucionales o legales, cometidas en el desempeño del cargo. El Congreso podrá censurarlos en el caso de declaratoria de culpabilidad, por mayoría de sus integrantes.

La censura producirá la inmediata destitución del funcionario, salvo en el caso de los ministros de estado, cuya permanencia en el cargo corresponderá decidir al Presidente de la República.

Si de la censura se derivaren indicios de responsabilidad penal del funcionario, se dispondrá que el asunto pase a conocimiento del juez competente.

XI. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

La responsabilidad administrativa constituye una norma constitucional, y se encuentra establecida en el artículo 120 de la Constitución Política de la República, que establece que "No habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones. El ejercicio de dignidades y funciones públicas constituye un servicio a la colectividad, que exigirá capacidad, honestidad y eficiencia".

En línea con lo anterior, el artículo 20 de la Constitución Política de la República señala que "Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos. Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes"

No obstante esta declaración, existen dos casos en que no es posible establecer responsabilidad por el ejercicio de funciones públicas. Es el caso de los diputados y de los miembros del Tribunal Constitucional. Los artículos 137 y 275 de la Constitución Política de la República, establece al respecto:

"**Art. 137.** –Los diputados no serán civil ni penalmente responsables por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de sus funciones.

No podrán iniciarse causas penales en su contra sin previa autorización del Congreso Nacional, ni serán privados de su libertad, salvo en el caso de delitos flagrantes. Si la solicitud en que el juez competente hubiera pedido autorización para el enjuiciamiento no fuere contestada en el plazo de treinta días, se la entenderá concedida. Durante los recesos se suspenderá el decurso del plazo mencionado.

Las causas penales que se hayan iniciado con anterioridad a la posesión del cargo, continuarán tramitándose ante el juez competente".

"**Art. 275.** –El Tribunal Constitucional, con jurisdicción nacional, tendrá su sede en Quito. Lo integrarán nueve vocales, quienes tendrán sus respectivos suplentes. Desempeñarán sus funciones durante cuatro años y podrán ser reelegidos. La ley orgánica determinará las normas para su organización y funcionamiento, y los procedimientos para su actuación.

Los vocales del Tribunal Constitucional deberán reunir los mismos requisitos que los exigidos para los ministros de la Corte Suprema de Justicia, y estarán sujetos a las mismas prohibiciones.

No serán responsables por los votos que emitan y por las opiniones que formulen en el ejercicio de su cargo...".

Si bien tratándose de los diputados habría una explicación para tal irresponsabilidad, no la encuentro justificada para los vocales del Tribunal Constitucional del país, disposición además que está en franca contradicción con lo que dispone el artículo 120 antes citado.

XII. EL SERVICIO PÚBLICO, LOS MERCADOS DE INTERÉS GENERAL (LIBERALIZACIÓN, PRIVATIZACIÓN, REGULACIÓN) Y SU RÉGIMEN DE COMPETENCIA.

La Constitución del Ecuador no contiene una definición de lo que deba entenderse por servicio público. Tampoco lo hace ninguna ley. Sin embargo, luego de señalar el artículo 23 de la Constitución Política de la República que constituye un derecho civil el disponer de servicios, públicos y privados, de óptima calidad; a elegirlos con libertad, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características, sí enumera una serie de actividades que se consideran servicios públicos y establece algunos principios, tales como el de su no interrupción o paralización. Señala para el efecto el artículo 249 que "El Estado garantizará que los servicios públicos, prestados bajo su control y regulación, respondan a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad; y velará para que sus precios o tarifas sean equitativos".

La Constitución "prohíbe la paralización, a cualquier título, de los servicios públicos, en especial los de salud, educación, justicia y seguridad social; energía eléctrica, agua potable y alcantarillado; procesamiento, transporte y distribución de combustibles; transportación pública, telecomunicaciones. La ley establecerá las sanciones pertinentes".

Señala también el artículo 249 que "Será responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar".

En cuanto a la forma de prestación, el mismo artículo señala que el Estado "Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley".

La Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada regula los procesos de delegación al sector privado de los servicios públicos y su privatización, estableciendo la posibilidad de que el Estado delegue "... a empresas mixtas o privadas la prestación de los servicios públicos de agua potable, riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias, aeroportuarias y ferroviarias, servicio postal u otras de naturaleza similar. La participación de las empresas mixtas o privadas se hará mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual o administrativa de acuerdo con la ley. El Estado cumplirá con su obligación de atender la educación y la salud pública de los ecuatorianos conforme los mandatos de la Constitución y sin perjuicio de la actividad que, en dichas áreas, cumpla el sector privado. La exploración y explotación de los recursos naturales no renovables cuya propiedad inalienable e imprescriptible pertenece al Estado, podrá hacerse a través de empresas públicas, mixtas o privadas.

Para el efecto, la Ley indicada previó que los procesos de desmonopolización, privatización, y delegación se realicen mediante la reestructuración administrativa y reforma financiera de aquellas entidades e instituciones de derecho público que deban permanecer como parte del Estado, incluyendo la reforma de sus directorios, cambio de su adscripción, nombre y ejercicio de competencias; y, la delegación total o parcial, o la transferencia definitiva al sector privado, de la gestión que desarrollan.

En cuanto a las modalidades para llevar a cabo los procesos antes indicados, se previó que se harían mediante el aporte total o parcial al capital de sociedades por acciones; el arrendamiento mercantil; la concesión de uso, de servicio público o de obra pública, licencia, permiso u otras figuras jurídicas reconocidas por el derecho administrativo; venta; transformación, fusión, escisión y liquidación de empresas estatales o mixtas; y, cualquier otra modalidad que mediante Decreto determine el Ejecutivo y que este amparada por la Ley ecuatoriana.

La liberalización en la prestación de los servicios públicos se produjo en virtud del artículo 47 de la Ley de Modernización del Estado:

"**Art. 47. –MONOPOLIOS.** –Prohíbese la existencia de monopolios en cualesquiera de sus formas y en consecuencia, se autoriza a terceros el establecimiento de actividades o la prestación de servicios de igual o similar naturaleza.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, para el caso de concesiones, licencias o permisos, éstas se podrán otorgar en condiciones de exclusividad regulada, solo por un período determinado, con la autorización, mediante Decreto Ejecutivo, del Presidente de la República o del organismo competente en el caso de los gobiernos seccionales.

Cuando la concesión de un servicio publico implique una posición dominante en el mercado, su titular no podrá ser propietario, por sí mismo ni por terceras personas, de medios de comunicación colectiva o instituciones financieras. Cada una de estas actividades deberán ser desarrolladas, en forma exclusiva por sus administradores o propietarios".

No obstante, la ley reconoció la existencia de otros procedimientos de desmopolización y privatización establecidos en leyes especiales, entre las cuales podemos citar la Ley de Hidrocarburos y la Ley de Régimen del Sector Eléctrico.

Finalmente, en cuanto a los mecanismos para llevar a efecto la delegación y privatización, se contempló en la Ley de Modernización, la licitación pública nacional o internacional para la presentación de ofertas; la oferta de la Bolsa de Valores de una parte o la totalidad de las acciones de propiedad de la entidad u organismo que se oferte; la suscripción pública de acciones o subasta pública; y, cualquier otro mecanismo jurídico siempre que se encuentre amparado y reconocido por la Ley ecuatoriana. En todo caso, "los mecanismos que se utilicen para la delegación, en cualesquiera de sus modalidades, serán siempre públicos y contarán con una adecuada promoción en los medios nacionales de comunicación y el conocimiento por parte de los posibles interesados de las especificaciones, modalidades, condiciones y características de la delegación, a fin de permitir la participación y competencia de todos los interesados".

Frente a la posibilidad de interrupción de los servicios públicos, no originada en situaciones eximentes de responsabilidad, la Constitución señala que "La ley establecerá los mecanismos de control de calidad, los procedimientos de defensa del consumidor, la reparación e indemnización por deficiencias, daños y mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos no ocasionados por catástrofes, caso fortuito o fuerza mayor, y las sanciones por

la violación de estos derechos", estableciendo además la responsabilidad para las personas que los presten: "Las personas que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la prestación del servicio, así como por las condiciones del producto que ofrezcan, de acuerdo con la publicidad efectuada y la descripción de su etiqueta. El Estado auspiciará la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, y adoptará medidas para el cumplimiento de sus objetivos".

Así mismo, se establecen disposiciones frente a la omisión en la prestación de los servicios públicos: "El Estado y las entidades seccionales autónomas responderán civilmente por los daños y perjuicios causados a los habitantes, por su negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo y por la carencia de servicios que hayan sido pagados", sin perjuicio de las normas generales sobre responsabilidad patrimonial, en la Constitución Política de la República:

"**Art. 20.** –Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos. Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes".

La Constitución consagra la gratuidad de ciertos servicios públicos, como los de salud y educación y establece la acción de amparo constitucional para proteger su efectiva prestación: "Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley (...) También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública"[18].

Así mismo, faculta al Defensor del Pueblo, para "promover o patrocinar el hábeas corpus y la acción de amparo de las personas que lo requieran; defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales que esta Constitución garantiza; observar la calidad de los servicios públicos y ejercer las demás funciones que le asigne la ley".

Finalmente, en el artículo 118 de la Constitución Política de la República, se contempla la existencia de personas jurídicas especialmente para la prestación de servicios públicos.

"**Art. 118.** –Son instituciones del Estado:

5. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos".

[18] En el caso 355 S 2004, de reciente resolución, el Juez Noveno de lo Civil de Guayaquil, Dr. Pedro Veloz Vargas, dictó una resolución declarando con "lugar el Amparo Constitucional presentado y concede a la recurrida el plazo de 15 días para que reestablezca la prestación del servicio de agua potable a los recurrentes que ha sido, indebidamente, interrumpido". El plazo se explica por la necesidad de ejecutar ciertas obras civiles.

XIII. LA FUNCIÓN PÚBLICA.

El Título V de la Constitución, "De las instituciones del Estado y la Función Pública" reserva el capítulo II, artículos 120 al 125 para establecer las normas generales del ejercicio de funciones públicas.

Señalan estos artículos que "No habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones. El ejercicio de dignidades y funciones públicas constituye un servicio a la colectividad, que exigirá capacidad, honestidad y eficiencia".

Disponen también que "Las normas para establecer la responsabilidad administrativa, civil y penal por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, se aplicarán a los dignatarios, funcionarios y servidores de los organismos e instituciones del Estado. Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad".

Consagran las prohibiciones para el ejercicio de funciones públicas, al disponer que "No podrán ser funcionarios ni miembros de organismos directivos de entidades que ejerzan la potestad estatal de control y regulación, quienes tengan intereses o representen a terceros que los tuvieren en las áreas que vayan a ser controladas o reguladas. El funcionario público deberá abstenerse de actuar en los casos en que sus intereses entren en conflicto con los del organismo o entidad a los que preste sus servicios".

Refieren también que "La administración pública se organizará y desarrollará de manera descentralizada y desconcentrada. La ley garantizará los derechos y establecerá las obligaciones de los servidores públicos y regulará su ingreso, estabilidad, evaluación, ascenso y cesación. Tanto el ingreso como el ascenso dentro del servicio civil y la carrera administrativa, se harán mediante concursos de méritos y de oposición. Solo por excepción, los servidores públicos estarán sujetos a un régimen de libre nombramiento y remoción. Las remuneraciones que perciban los servidores públicos serán proporcionales a sus funciones, eficiencia y responsabilidades. En ningún caso la afiliación política de un ciudadano influirá para su ingreso, ascenso o separación de una función pública".

Finalmente, prohíben el nepotismo y el desempeño de más de un cargo público, disponiendo que se faculta a los funcionarios públicos para ejercer la cátedra si su horario lo permite.

XIV. MEDIO AMBIENTE, URBANISMO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO.

La Constitución señala en el artículo 3 que "Son deberes primordiales del Estado... 3. Defender el patrimonio natural y cultural del país y proteger el medio ambiente".

Consagra como uno de los derechos civiles el de "vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación. La ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos y libertades, para proteger el medio ambiente".

Al mismo tiempo dispone que es deber del Estado proteger el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice un desarrollo sustentable. Velará para que este derecho no sea afectado y garantizará la preservación de la naturaleza. Para el efecto, declara de interés público la preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país. La prevención de la contaminación ambiental, la recuperación de los espacios naturales degradados, el manejo sustentable de los recursos naturales y los requisitos que para estos fines deberán cumplir las actividades públicas y privadas. El establecimiento de un sistema nacional de áreas naturales protegidas, que garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de los servicios ecológicos, de conformidad con los convenios y tratados internacionales.

Dispone que se tipifiquen las infracciones y determinen los procedimientos para establecer responsabilidades administrativas, civiles y penales que correspondan a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, por las acciones u omisiones en contra de las normas de protección al medio ambiente.

Establece la consulta pública de forma previa a la toma de decisiones que puedan afectar el medio ambiente: "Art. 88. –Toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente, deberá contar previamente con los criterios de la comunidad, para lo cual ésta será debidamente informada. La ley garantizará su participación".

Ordena al Estado tomar medidas orientadas a la consecución de los siguientes objetivos: 1.Promover en el sector público y privado el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes. 2. Establecer estímulos tributarios para quienes realicen acciones ambientalmente sanas.3. Regular, bajo estrictas normas de bioseguridad, la propagación en el medio ambiente, la experimentación, el uso, la comercialización y la importación de organismos genéticamente modificados.

Se prohíbe la fabricación, importación, tenencia y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos.

Establece la responsabilidad por daños ambientales: "Art. 91. –El Estado, sus delegatarios y concesionarios, serán responsables por los daños ambientales, en los términos señalados en el Art. 20 de esta Constitución. Tomará medidas preventivas en caso de dudas sobre el impacto o las consecuencias ambientales negativas de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica de daño y confiere acción popular para ejercer las acciones previstas en la ley para la protección del medio ambiente.

La Constitución faculta a los Municipios, con fines de hacer efectivo el derecho a la conservación del medio ambiente, la expropiación, reserva y control de áreas para el desarrollo futuro.

La protección del medio ambiente constituye además el fundamento para el establecimiento de regímenes especiales de administración territorial, en cuyo caso y para su protección faculta la limitación dentro de tales áreas de los derechos de migración interna, trabajo o cualquier otra actividad que pueda afectar al medio ambiente. Los residentes del área respectiva, afectados por la limitación de los derechos constitucionales, tienen derecho a ser compensados mediante el acceso preferente al beneficio de los recursos naturales disponibles y a la conformación de asociaciones que aseguren el patrimonio y bienestar familiar.

En cuanto al urbanismo y ordenación del territorio, el artículo 32 dispone que "Para hacer efectivo el derecho a la vivienda..., las municipalidades podrán expropiar, reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro, de conformidad con la ley".

XV. BIENES PÚBLICOS

La propiedad demanial en el Ecuador no tiene un tratamiento uniforme en la legislación. LA terminología es en ocasiones confusa o contradictoria, fruto de permanentes modificaciones no realizadas con la mejor técnica jurídica. Sin embargo, es posible extraer los siguientes principios básicos.

La Constitución señala que "Son de propiedad inalienable e imprescriptible del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentran en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial. Estos bienes serán explotados en función de los intereses nacionales. Su exploración y explotación racional podrán ser llevadas a cabo por empresas públicas, mixtas o privadas, de acuerdo con la ley. Será facultad exclusiva del Estado la concesión del uso de frecuencias electromagnéticas para la difusión de señales de radio, televisión y otros medios. Se garantizará la igualdad de condiciones en la concesión de dichas frecuencias. Se prohibe la transferencia de las concesiones y cualquier forma de acaparamiento directo o indirecto por el Estado o por particulares, de los medios de expresión y comunicación social. Las aguas son bienes nacionales de uso público; su dominio será inalienable e imprescriptible; su uso y aprovechamiento corresponderá al Estado o a quienes obtengan estos derechos, de acuerdo con la ley".

Establece también que "Los bienes del Estado que integran el patrimonio cultural serán inalienables, inembargables e imprescriptibles. Los de propiedad particular que sean parte del patrimonio cultural, se sujetarán a lo dispuesto en la ley".

Al Estado le corresponde, dentro del sistema de economía social de mercado "Explotar racionalmente los bienes de su dominio exclusivo, de manera directa o con la participación del sector privado".

Estas disposiciones no tratan de manera esquemática el concepto de bienes públicos y utilizan expresiones tales como "bienes nacionales", "bienes del Estado", "bienes de su dominio exclusivo", etc.

La tendencia actual en el Ecuador es la utilizar una nueva categoría para incluir a los bienes del Estado, independientemente de su naturaleza: se trata de los "recursos públicos". Así, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado señala en el artículo 3 que

"Para efecto de esta Ley se entenderán por recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales.

Los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio sean transferidos a personas naturales o personas jurídicas de derecho privado, de conformidad con la ley".

Los cambios y utilización poco adecuada del lenguaje jurídico en la diversas disposiciones normativas han hecho difícil estructurar un esquema claro. Incluso la vigencia de leyes especiales tales como el Código de Policía Marítima o la Ley de Pesca, utilizan expresiones poco felices,

mezclando conceptos e instituciones. No se diga de disposiciones más recientes especialmente en los regímenes pesquero, eléctrico y petrolero.

Por otra parte, el Código Civil define como bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación, como el de las calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Asimismo, los nevados perpetuos y las zonas de territorio situadas a más de 4.500 metros de altura sobre el nivel del mar. Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes se llaman bienes del Estado o bienes fiscales.

Son bienes del Estado, todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño. Las plataformas o zócalos submarinos, continental e insular, adyacentes a las costas ecuatorianas, y las riquezas que se encuentran en aquellos, pertenecen al Estado, el que tendrá el aprovechamiento de ellas y ejercerá la vigilancia necesaria para la conservación de dicho patrimonio y para la protección de las zonas pesqueras correspondientes. Se considera como plataforma o zócalo submarino las tierras sumergidas, contiguas al territorio nacional, que se encuentran cubiertas hasta por doscientos metros de agua como máximo.

El Estado es dueño de todas las minas y yacimientos que determinan las leyes especiales respectivas, no obstante el dominio de las corporaciones o de los particulares, sobre la superficie de la tierra en cuyas entrañas estuvieren situados. Pero se concede a los particulares la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio, para buscar las minas a que se refiere el precedente inciso, la de labrar y beneficiar dichas minas, y la de disponer de ellas como dueños, con los requisitos y bajo las reglas que prescriben las leyes de minería.

El mar adyacente, hasta una distancia de doscientas millas marinas, medidas desde los puntos más salientes de la costa continental ecuatoriana y los de las islas más extremas del Archipiélago de Colón y desde los puntos de la más baja marea, es mar territorial y de dominio nacional. El mar adyacente comprendido entre la línea de base mencionada en el párrafo anterior y la línea de más baja marea, constituye aguas interiores y es de dominio nacional.

Si por tratados internacionales que versen sobre esta materia se determinaren para la policía y protección marítima zonas más amplias que las fijadas en los incisos anteriores, prevalecerán las disposiciones de esos tratados.

Por Decreto Ejecutivo se determinarán las zonas diferentes del mar territorial, que estarán sujetas al régimen de libre navegación marítima o al de tránsito inocente para naves extranjeras. Son también bienes de dominio público el lecho y el subsuelo del mar adyacente.

Es igualmente de dominio nacional el espacio aéreo correspondiente al territorio del Estado, incluído en éste el mar territorial.

Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, así como los lagos naturales, son bienes nacionales de uso público.

También son bienes nacionales de uso público las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad. El propietario de dicha heredad tendrá derecho al uso y goce de las aguas, en proporción necesaria al requerimiento del respectivo predio.

Pertenecerán al Estado las nuevas islas que se formen en el mar territorial y en los ríos y lagos de dominio público. Sobre las obras que, con permiso de la autoridad competente, se construyan en sitios de propiedad nacional, no tienen los particulares que han obtenido este permiso, sino el uso y goce de ellas y no la propiedad del suelo.

Abandonadas las obras, o terminado el tiempo por el cual se concedió el permiso, se restituyen ellas y el suelo, por el ministerio de la ley, al uso y goce privativo del Estado, o al uso y goce

general de los habitantes, según lo prescriba la indicada autoridad. Pero no se entiende lo dicho si la propiedad del suelo ha sido concedida expresamente por el Estado.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

En definitiva, y a manera de conclusión, estamos asistiendo en los últimos años a profundos cambios en la visión y el entendimiento mismo del Derecho administrativo. Es necesario, sin embargo, afianzar el proceso iniciado a través de un significativo mejoramiento en la técnica normativa a utilizarse. Tal vez allí radique un factor fundamental para evitar que los logros alcanzados no ofrezcan los frutos deseados. Creo que es la asignatura pendiente, sin perjuicio claro está de fortalecer la seguridad jurídica y la institucionalidad. Pero esa es materia que escapa de estas notas.

EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE ESPAÑA

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ
Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Alicante

RICARDO RIVERO ORTEGA
Profesor Titular de Derecho administrativo de la Universidad de Salamanca

I. EVOLUCIÓN Y MODELO REGULATIVO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, BASE CONSTITUCIONAL Y CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y FUENTES.

1. Evolución histórica de las instituciones jurídico-administrativas en España a lo largo de los siglos XIX y XX.

La historia del Derecho administrativo en España discurre paralela al itinerario constitucional, iniciado en el siglo XIX con la Constitución de Cádiz (1812), a pesar de que con anterioridad a este acontecimiento existen claras y contundentes referencias jurídicas que pueden considerarse propias de un incipiente Derecho administrativo, en especial tras el siglo XVI.

A partir de la Constitución de Cádiz se establece, no obstante, en España, la división de poderes, pese a los antecedentes de épocas anteriores, y con aquella la sujeción de la Administración al control de los tribunales (ordinarios), es decir civiles. Durante el siglo XIX existen tendencias judicialistas y tendencias administrativistas por lo que se refiere al control de la Administración. Habrá que esperar casi hasta finales del siglo para encontrar un cambio notable, convirtiéndose la jurisdicción retenida en un sistema mixto (contencioso-administrativo) tras la aprobación de la Ley Santamaría de Paredes de 1888.

A pesar de la tardanza en la realización de algunos principios básicos del Derecho administrativo, explicable por la inestabilidad política del siglo XIX, encontramos en este período destacadas normas reguladoras de las principales instituciones administrativas: sobre la división territorial (división provincial definitiva de Javier de Burgos en 1833); los contratos administrativos (Decreto Bravo Murillo de 1852); los funcionarios públicos (Estatuto Bravo Murillo de 1852); las obras públicas (Ley de Obras Públicas de 1877); o el procedimiento administrativo (Ley Azcárate, de 1887). También durante el siglo XIX floreció en España una doctrina administrativista de especial renombre.

De esta forma, sobre todo a comienzos del siglo XX en España se consigue un Derecho administrativo completo regulador de las distintas esferas de actuación de la Administración, a diferencia de Alemania, por ejemplo, donde no se logra un Derecho administrativo de bienes públicos, de garantías contra la expropiación forzosa, de responsabilidad administrativa o de contratos públicos.

El siglo XX comenzará con considerables esfuerzos por profundizar en este Derecho administrativo sobre todo en el plano de los controles, como demuestra la creación de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (1904), un hito decididamente judicializador, y la Ley Maura (1918), fundamental en lo relativo a la exigencia de responsabilidades directas a autoridades y funcionarios.

En los años 50 surge en España, a pesar de las circunstancias políticas, una célebre generación de administrativistas, nombres que perfeccionan buena parte del sistema de garantías dejando su impronta en la legislación: Ley de Expropiación Forzosa de 1954; Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956; Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957; Ley de Procedimiento Administrativo de 1958; Ley de Contratos del Estado de 1964.

Estos autores, todavía protagonistas del proceso de actualización de nuestras instituciones, son bien conocidos: GARCÍA DE ENTERRÍA, GARRIDO FALLA, CLAVERO ARÉVALO, GONZÁLEZ PÉREZ, VILLAR PALASÍ, BALLBÉ... Basta con repasar los índices de lo publicado entonces en la RAP (Revista de Administración Pública), la principal publicación del Derecho administrativo español en el siglo XX (y de momento también en el XXI), para localizar a los refundadores de nuestra disciplina en España.

Las grandes leyes administrativas de los 50, marcada con la huella de esta generación de administrativistas, pervivirán incluso tras la aprobación de la Constitución de 1978, cuyo impacto sobre nuestras instituciones se estudiará infra. Sólo más de diez o veinte años después de la Constitución comenzarán a sustituirse por nuevas leyes, ahora vigentes: Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992; Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado de 1997; Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995; Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998.

Los factores de la evolución del Derecho administrativo español en el último cuarto de siglo son varios, pudiendo destacarse entre ellos el impacto de la Constitución y los propios desarrollos de la doctrina más reciente. No obstante, la Constitución no supone en España un punto de origen del moderno Derecho administrativo, ya que su desarrollo inicial es resultado del esfuerzo de décadas precedentes. En relación con aquella, para bien o para mal, una decisión de especial trascendencia ha sido la generosa opción descentralizadora del Estado de las Autonomías, que supuso una redistribución del poder para dictar normas en numerosas materias jurídico-administrativas. De manera que hoy existen, en sectores como el urbanismo, la ordenación del territorio, el comercio o el turismo, 17 ordenamientos autonómicos, con un mínimo común denominador estatal dictado en forma de bases. Y en este escenario deben multiplicarse necesariamente las herramientas de coordinación y colaboración entre Administraciones públicas.

Junto al factor constitucional, no puede dejar de subrayarse la notable incidencia de nuestra incorporación al proceso de integración europea, que ha determinado una europeización del Derecho administrativo español, al igual que en otros Estados europeos. El Derecho europeo tiene una incidencia notable tanto en la parte especial de nuestras normas administrativas, en sectores como el medio ambiente, los servicios o mercados de interés general, o la protección de los consumidores, como en la parte general, con efectos sobre el alcance del control judicial de las decisiones administrativas, la adjudicación de los contratos públicos o la responsabilidad de la Administración.

Asimismo, habría que señalar las tendencias de modernización y renovación de las instituciones jurídico-administrativas, impulsadas por las nuevas demandas y desafíos que se le plantean a la sociedad española: el medio ambiente, el riesgo tecnológico, la composición de intereses complejos, etc. Muchas transformaciones del Derecho administrativo español de los últimos años se observan en los sectores de intervención administrativa caracterizados por mayores niveles de complejidad técnica o financiera, donde las respuestas clásicas no satisfacen las necesidades de protección de los intereses generales (seguridad y calidad industrial, construcción de obras públicas, urbanismo, protección frente a riesgos alimentarios...). En todos estos sectores

se han articulado nuevas herramientas administrativas, muchas veces marcadas por una mayor participación y colaboración de los sujetos privados en tareas tradicionalmente reservadas en exclusiva a la Administración.

En este sentido, junto a estos factores y junto al mérito de los administrativistas clásicos a los que nos hemos referido es preciso hacer justicia con los nuevos administrativistas, con aportaciones jurídicas de valor y renovación, produciéndose un esperanzador cambio generacional y relevo. La mayor riqueza de medios ha propiciado, asimismo, un mayor desarrollo de la disciplina en los últimos años.

2. Modelo regulativo de la Administración pública en España.

Algunas de estas transformaciones, producto de los nuevos desafíos, han afectado al modelo regulativo de nuestra Administración pública, determinando cambios en su comprensión clásica y evoluciones institucionales dignas de ser reseñadas.

El modelo clásico de regulación de la Administración pública en España es de corte continental, es decir legislativo y no tanto judicialista, a pesar de la importancia de la judicatura para hacer progresar el Derecho administrativo. Nuestro Derecho administrativo tiene sus propias peculiaridades por razones históricas y constitucionales, aunque en cuanto al diseño de las principales instituciones (como el acto administrativo, el contrato, o el control de la Administración) se presentan numerosos paralelismos entre el *Droit Administratif* y el Derecho Administrativo español.

Si pudiéramos agrupar los ordenamientos jurídico-administrativos comparados por familias, o especies, sin duda nosotros estaríamos muy próximos a los Derechos administrativos europeos continentales (Alemania, Francia, Italia), aceptando que existen notables diferencias entre estos ordenamientos. Pero es mucho más lo que nos une a estas tradiciones jurídico-administrativas que nuestras similitudes con el modelo regulativo anglosajón, propio de Gran Bretaña o los Estados Unidos. No obstante, en especial durante los últimos tiempos, acaso debido al fenómeno de la globalización, al arraigo del mercado o a los propios avances del Derecho comparado, lo cierto es que también se aprecian analogías crecientes con estos ordenamientos referidos en último lugar: en ellos se crean los contratos públicos y en nuestro modelo, por ejemplo, entra en abierta crisis el servicio público. En este sentido, a nivel europeo, las diferencias entre modelos continentales y anglosajones en el tratamiento de algunas instituciones se han atenuado también como consecuencia del fenómeno de construcción de un Derecho administrativo común[1].

Podríamos citar así también novedades institucionales, como la creación de Agencias, o Administraciones independientes, a imagen y semejanza de las existentes en países con modelos regulativos anglosajones; o el fenómeno de la autorregulación[2], tan difícil de encajar en la tradición clásica como la tendencia creciente hacia el empleo de fórmulas negociales (convenios) y técnicas alternativas de resolución de conflictos entre Administración y ciudadanos (conciliación, mediación y arbitraje). Estos son algunos ejemplos de transformaciones organizativas y funcionales de la Administración pública que matizan nuestro modelo regulativo clásico, marcado en principio por

[1] Véase, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *El Derecho Administrativo Europeo*, 2ª Edición, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2002.

[2] Véase, ESTEVE PARDO, José, *Autorregulación*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

una interpretación más rígida del principio de legalidad y con protagonismo principal de las manifestaciones de voluntad unilaterales de la Administración (actos administrativos).

El tema de las relaciones entre Derecho administrativo y Derecho privado, por referencia a la Administración, tiene el mayor interés en relación con el tema del "modelo regulativo" que ahora nos ocupa. También porque permite ver las diferencias entre ordenamientos jurídicos. En el Derecho español se ha conseguido un Derecho administrativo que regula las distintas actividades o ámbitos de actuación de la Administración, quedando relegado el Derecho privado a una posición secundaria, a diferencia de otros Estados europeos (ya no sólo el Reino Unido, sino también Alemania, Austria, Holanda) donde el Derecho privado (a pesar de ciertas modulaciones) llega a regir en gran medida instituciones tales como los contratos administrativos, la responsabilidad administrativa o los bienes "públicos".

En el Derecho español el Derecho administrativo cubre por completo estos ámbitos. Aun así, se plantea el problema de cuándo la Administración puede legítimamente acudir al Derecho privado. Para solucionar este problema existen ciertos criterios funcionales interesantes desarrollados doctrinalmente a los efectos de hacer progresar (no contradecir) los postulados del Derecho administrativo clásico[3]: por supuesto, cuando realiza aquella sus "funciones propias" ha de aplicar el Derecho administrativo. Cuando lleva a cabo (generalmente mediante entidades interpuestas) funciones mercantiles, podrá aplicarse sin problemas el Derecho privado conforme al carácter económico de la actividad. En estos casos el Derecho de la competencia (un compuesto de reglas de Derecho público y privado) resuelve los problemas de legalidad, en especial mediante la técnica del "abuso de posición dominante". El problema, realmente, se plantea en el caso intermedio, es decir funciones públicas (generalmente de contenido prestacional o servicios públicos). Como la función es pública en estos casos, debe aplicarse el Derecho administrativo; pero si el legislador se aferra al Derecho privado, es posible cuando menos una solución judicial para que los perjudicados no sufran indefensión en estos supuestos, considerando siempre que las garantías se contienen en el Derecho público-administrativo. Los tribunales, de hecho, sensibles al problema, aplican técnicas de iuspublificación en estos casos en que se emplea el Derecho privado en principio no de forma ilegítima porque la función no es estrictamente pública a diferencia de la primera situación comentada: sobre todo el levantamiento del velo ayuda a resolver el problema jurídico planteado, pero también los actos separables, los principios generales del Derecho administrativo. En torno a esta situación se ha generado un "Derecho administrativo privado", es decir un Derecho administrativo regulador de la Administración cuando ésta emplea el Derecho privado para funciones públicas prestacionales o de fomento. En general, cada vez más se pone de manifiesto la generación de espacios jurídicos en los que conviven reglas de Derecho privado y de Derecho público, en especial en los antiguos servicios públicos. Cuando abordemos *infra* la cuestión contractual incidiremos de nuevo en estas interesantes perspectivas.

3. Base constitucional del Derecho administrativo español.

Ya hemos dicho que el texto constitucional de 1978 produce un notable impacto sobre las instituciones administrativas de nuestro país. Si bien se mantienen las leyes administrativas

[3] Véase, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Los mercados de interés general*, Editorial Comares, Granada 2001; ya antes *El Derecho administrativo privado*, Montecorvo, Madrid, 1996.

preconstitucionales, estando incluso alguna de ellas todavía vigente (Ley de Expropiación Forzosa de 1954), es lógico que se produzca una reinterpretación de muchos de sus artículos, como consecuencia de la proyección sobre los mismos de nuevos preceptos constitucionales, y gracias a la labor actualizadora del Tribunal Constitucional, primero, y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, después.

¿Cuáles son los artículos de la Constitución española de 1978 con mayores consecuencias para el Derecho administrativo? Pues bien, por supuesto, y destacadamente, los relativos a derechos de los ciudadanos, contenidos en el Título I (artículos 10 a 55), incluyendo tanto derechos clásicos de limitación (inviolabilidad del domicilio, principio de legalidad en materia sancionadora, etc) como derechos sociales a desarrollar por el legislador y realizar activamente por la Administración (derecho a una vivienda digna, protección de la infancia, etc).

Junto a estos derechos, debe señalarse también todo el Título IV, sobre el Gobierno y la Administración, y dentro del mismo, los artículos 97 (el Gobierno), 103 (sobre los principios organizativos y funcionales de la Administración) y 106 (control judicial de la actuación administrativa y responsabilidad patrimonial de la Administración). Estos preceptos proyectan sobre el régimen de la Administración las cláusulas del Estado Democrático y del Estado de Derecho: en un Estado Democrático la Administración debe depender de un Gobierno democráticamente elegido, con legitimidad para dirigir las políticas públicas; en un Estado de Derecho la Administración debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, siendo controlada por los tribunales.

Además, como ya dijimos en el apartado 1.1, es trascendente el Título VIII de la Constitución, donde se reconoce la autonomía de Comunidades Autónomas y Entes locales (municipios y diputaciones), produciéndose el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades (artículos 148 y 149). El paisaje administrativo territorial en España es el resultado de la organización prevista en este Título. Ya hemos dicho que tal modelo de Estado da lugar a una relativa desintegración de la parte especial del Derecho administrativo, dividido en 18, y podemos añadir aquí que este resultado se ha acentuado tras el giro en la interpretación del Tribunal Constitucional del principio de supletoriedad (Sentencias del Tribunal Constitucional 118/96 y 61/97).

Por supuesto, otras muchas opciones del constituyente han tenido efectos decisivos sobre el Derecho administrativo español. Así, la creación del Tribunal Constitucional, por poner un ejemplo, transforma el panorama de las garantías de los derechos, también en las relaciones entre Administración y ciudadano, condicionando incluso las decisiones legislativas sobre esta materia. Algunas Sentencias del Tribunal Constitucional han alterado la comprensión de aspectos del Derecho administrativo, como el relativo a la inembargabilidad de los bienes privados de la Administración, o la cuestión de la tutela cautelar contencioso-administrativa. Como vemos, la Constitución repercute sobre la estructura de las Administraciones públicas, su estatuto, y el sistema de fuentes que les es aplicable.

4. Fuentes del Derecho administrativo español.

El sistema de fuentes de nuestro Derecho administrativo, como decimos, está presidido por la Constitución española, aunque la próxima aprobación de la Constitución europea puede tener un impacto sobre la comprensión de la jerarquía normativa en España. Por encima de las leyes, hay que recordarlo, está el Derecho comunitario europeo, y la interconexión entre el ordenamiento

supranacional, el nacional, y los infranacionales (autonómicos y locales) es hoy una cuestión crucial para la teoría jurídico-administrativa de nuestro país[4].

Es evidente que en este contexto se incrementa el grado de complejidad del sistema, rompiéndose su unidad y uniformidad, y produciéndose como consecuencia característica sobre nuestras fuentes su difícil integración. A ello también ha contribuido el Estado de las Autonomías, pues al multiplicarse las instancias de producción de normas, por mor del reconocimiento general de la capacidad legislativa a las Comunidades Autónomas, los criterios de resolución de conflictos internormativos también se complican, generando frecuentes situaciones de antinomia.

Dada esta situación, el papel interpretativo de los principales tribunales se ha visto reforzado, resultando decisivas hoy, en el estudio del Derecho administrativo español, tanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como la del Tribunal Constitucional. El valor de las sentencias de estas cortes se ha visto incrementado al ser ellas las que pronuncian la última palabra sobre las potenciales situaciones de conflicto entre las normas de los distintos niveles (europeo, nacional, autonómico) y la Constitución o los Tratados y otras fuentes del Derecho europeo[5].

En general, los principales autores del Derecho administrativo español se quejan de la creciente inseguridad jurídica que caracteriza un "mundo de leyes desbocadas"[6]. Y es cierto que el número de normas se ha multiplicado exponencialmente, como resultado de la actuación de docena y media de legisladores (17 parlamentos autonómicos y las Cortes Generales), y del creciente protagonismo de las normas reglamentarias, cuyo número no disminuye como consecuencia de la doctrina de la reserva de ley, sino que muy al contrario se expande a resultas de una tendencia a reglamentar todo tipo de actividades.

Incluso la potestad de ordenanza, ejercida en el dictado de reglamentos municipales, se ha visto fortalecida en los últimos años. De una posición limitadora sostenida por la doctrina española, en defensa estricta de la reserva de Ley, se ha pasado a una aceptación más amplia de las facultades normativas de los municipios. Con la consecuencia de que, en determinadas materias, hoy en España, encontramos normas europeas, estatales, autonómicas y locales, cuando no también de otras entidades con funciones de regulación.

II. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA, EN ESPECIAL, EL ESTADO Y LOS MUNICIPIOS.

La importancia de la organización administrativa para la adecuada realización de las tareas públicas es sobradamente conocida, pero hoy también pueden destacarse sus proyecciones sobre el grado de realización de los derechos de los ciudadanos, así como del principio democrático. A estas alturas, se ha superado por completo la consideración ajurídica de las decisiones

[4] Véase, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*, Civitas, Madrid, 2004.

[5] Véase, SANTAMARÍA PASTOR, "El sistema de fuentes del Derecho en los primeros cincuenta años de la Revista de Administración Pública", número 150 de la RAP (1999).

[6] Véase, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999.

sobre la organización, habiendo recobrado, en España y en Europa, gran importancia las normas organizativas. La literatura sobre las cuestiones de organización ha crecido considerablemente en la doctrina española en los últimos años, sobre todo tras los primeros desarrollos constitucionales de los años ochenta. Y este interés creciente también se ha proyectado en las leyes.

En el nivel estatal, habría que destacar la aprobación en 1997 de dos leyes estrechamente relacionadas: Ley de Gobierno y Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). La primera sirvió para regular el funcionamiento del Gobierno, despejando cuestiones fundamentales como el procedimiento reglamentario, el control sobre sus actos o el papel del Gobierno en funciones, mientras que la LOFAGE impulsa tanto el proceso de reestructuración de la Administración periférica del Estado (cambio de los Gobernadores Civiles por los Subdelegados del Gobierno), en la línea de la llamada "Administración única" (atribución de las funciones ejecutivas a la Administración de las Comunidades Autónomas), como una decidida profesionalización de numerosos altos cargos (Directores Generales, Subsecretarios, Secretarios Generales Técnicos, Subdelegados), elegibles únicamente entre personas de cualificación acreditada (funcionarios de grupo A o altos ejecutivos de empresas privadas, excepcionalmente).

En cuanto a los municipios, el reconocimiento constitucional de su autonomía tiene proyecciones normativas en la Ley de Bases de Régimen Local de 1985. Esta norma, dictada en virtud de la competencia estatal de regulación de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, contempla los principales aspectos de organización municipal: tanto los órganos necesarios en todos los municipios (Alcalde, Pleno) como la existencia de otros en los municipios de mayor tamaño (por ejemplo, Consejo Social, previsto en la última reforma de la Ley de Bases operada mediante la Ley de Modernización del Gobierno Local).

A pesar de haber sido objeto de una importante reforma mediante la citada Ley de Modernización del Gobierno Local, algunos aspectos del régimen local español siguen siendo controvertidos, por lo que probablemente llegarán nuevas modificaciones en la presente legislatura, iniciada en 2004. Por un lado, hay que tener en cuenta la interposición de recursos de inconstitucionalidad frente a la Ley de Modernización, basados sobre todo en la excesiva (a juicio de los recurrentes) densidad normativa de este texto, que invadiría competencias autonómicas. Por otro lado, el actual Gobierno ha creado una Comisión de expertos que deben elaborar un Libro Blanco sobre el Gobierno local, a modo de informe que serviría para preparar un nuevo texto legal o una reforma importante de la Ley de Bases.

Muchas son las cuestiones organizativas que debería plantearse esta reforma, entre las que se encuentran desde luego la posición de los Alcaldes, el reparto de competencias entre éstos y el Pleno, o la figura del Secretario municipal, funcionario público "habilitado" de carácter nacional, de cuerpos con una gran raigambre y tradición en la Administración española. Probablemente el tema más espinoso será, no obstante, el reparto de competencias legislativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el ejercicio de la potestad organizatoria sobre la Administración local, una vez la mayoría de las Comunidades, tras la reforma de sus Estatutos, han asumido como propia la competencia sobre "Régimen local".

Una cuestión pendiente, pero aplazada durante el desarrollo del Estado de las Autonomías, es la que se refiere al papel de las Diputaciones provinciales en España. La provincia está garantizada constitucionalmente, no sólo como espacio e institución administrativa, sino además como circunscripción electoral (lo que le da un sesgo mayoritario al sistema español). Podría obtenerse un mayor aprovechamiento a las provincias. Por ejemplo, en materia de ordenación territorial deberían tener un destacado papel. Acaso se haya dado un excesivo papel a las Comunidades Autóno-

mas relegando la posición institucional de las provincias, rompiendo con la tradición jurídica española de inspiración francesa en este punto. No obstante, tras la Constitución española el debate está abierto, en torno a las provincias, y no sería descartable buscar la incardinación de la provincia en el seno de las Comunidades Autónomas en la línea de lo que se ha llegado a propugnar (Comisión ENTERRÍA) en un intento de evitar la duplicación de las estructuras administrativas.

En conclusión, actualmente, existen cuatro niveles básicos y generales político-administrativos (Municipio, Diputación, Autonomía, Estado), a los que además se podrían añadir otros creados por los legisladores autonómicos (Comarcas, por ejemplo).

El papel de la Diputación provincial de auxiliar a los pequeños municipios para la prestación de sus servicios y el ejercicio de sus competencias sigue estando plenamente vigente. Especialmente en aquellas Comunidades Autónomas en las cuales la estructura municipal está marcada por la existencia de un número demasiado elevado de Ayuntamientos sin recursos, dado el volumen de población y sus escasos medios materiales y personales.

Tal escasez de medios contrasta, por otro lado, con la creciente consideración "política" de la autonomía local, porque en la doctrina española se ha transformado, también en los últimos años, la comprensión de tal autonomía. Ya no se considera meramente administrativa (de ahí que se haya generalizado el uso del término "gobierno local"), y tampoco satisface del todo la clásica doctrina de la "garantía institucional". No basta con la protección de la existencia misma de los municipios, en términos recognoscibles pero delimitados por el legislador (estatal o autonómico); se reclaman atribuciones concretas traducidas en competencias y recursos financieros[7].

Por estas razones, hoy, uno de los temas centrales de la organización administrativa española ha pasado a ser el llamado Pacto local, también definido como "segunda descentralización", que consistiría en el traspaso de un mayor número de competencias y recursos financieros de las Comunidades Autónomas a los Ayuntamientos, en aplicación del principio de subsidiariedad (las competencias deben residenciarse en el nivel más próximo a los ciudadanos que pueda ejercerlas eficientemente).

En 1999 se celebró una primera edición del Pacto Local, en este caso entre la FEMP (Federación Española de Municipios y Provincias) y el Estado, produciendo como principales resultados una reforma de la Ley de Bases de Régimen Local y el reconocimiento a los entes locales de cierta legitimación (restringida) para recurrir ante el Tribunal Constitucional las leyes estatales o autonómicas lesivas de sus competencias. Pero el verdadero Pacto local que esperan los Ayuntamientos es el del nivel autonómico, es decir regional, a negociar con las Comunidades Autónomas, con repercusiones concretas sobre las tareas y, sobre todo, el porcentaje de financiación correspondiente a los municipios en el reparto del presupuesto total (el objetivo último es pasar del 13% aproximado actual a cerca del 25%).

III. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

En España la legislación de procedimiento administrativo tiene una larga tradición, habiendo llamado la atención sobre este punto de la doctrina de otros países, por ejemplo Alemania. Ya

[7] Sobre la Administración local F. SOSA WAGNER, *Manual de Derecho local*, Pamplona, sucesivas ediciones. Igualmente, *La gestión de los servicios públicos locales.*

hemos mencionado en el primer apartado de este trabajo las tres grandes leyes de procedimiento administrativo que marcan la evolución histórica de esta institución en España: Ley Azcárate de 1887, Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992. Ahora debemos centrarnos únicamente en esta última, que constituye con sus reformas (la principal de 1999 y otra menor de 2001) la norma básica aplicable por todas las Administraciones españolas en sus relaciones con los ciudadanos.

Ello porque el régimen del procedimiento administrativo marca, como ha advertido GARCÍA DE ENTERRÍA, el estatuto del ciudadano en sus relaciones con la Administración[8]. Y, desde este punto de vista, la Ley de 1992 supuso un considerable avance al contemplar todo un catálogo (casi un decálogo) de derechos del ciudadano: derecho a conocer el estado de la tramitación de los procedimientos, y obtener copias de los documentos en ellos; a identificar a las autoridades y funcionarios bajo cuya responsabilidad se tramitan; a obtener copia sellada de los documentos que presenten; a utilizar las lenguas oficiales en el territorio de cada Comunidad Autónoma; a formular alegaciones y presentar documentos; a que no se les exijan documentos no contemplados en la norma reguladora del procedimiento, o que estén en poder de la Administración actuante; a obtener información sobre los requisitos y trámites a seguir en cada procedimiento; al acceso a los archivos y registros administrativos; a ser tratados con respeto y deferencia; y a exigir responsabilidades a los funcionarios y autoridades. Todos estos derechos se enuncian en el artículo 35 de la Ley, aunque también están desarrollados en otros preceptos, algunos incluso previstos constitucionalmente (artículo 105 CE).

La Ley de 1992 supuso por tanto un cierto avance en el desarrollo de derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración, facilitando al mismo tiempo la modernización del actuar administrativo mediante la incorporación de medios informáticos. Pero también fue un texto muy discutido doctrinalmente por incorporar soluciones técnicas claramente discutibles, algunas de ellas reductoras de las garantías de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos ante la Administración respecto de la legislación vigente en ese momento de su aprobación: supresión del recurso de reposición; régimen complejo del silencio administrativo; tratamiento inadecuado de la revisión de oficio de los actos administrativos. Además la Ley fue recurrida ante el Tribunal Constitucional, por considerar algunas Comunidades Autónomas que el régimen de los órganos colegiados excedía la competencia básica estatal sobre Derecho administrativo, consideración que fue estimada por el Tribunal en su Sentencia 50/99.

Las críticas a la norma determinarían su reforma en 1999, rectificando algunos de los extremos más discutidos del texto original de 1992. Así, se reintroduce el recurso de reposición (que se interpone ante el mismo órgano que dictó la resolución que se impugna), esta vez con carecer potestativo (hasta 1992 era preceptivo); se corrige el régimen del silencio administrativo, con una pretendida generalización del silencio positivo; y se retocan también algunos aspectos de la revisión de oficio de los actos y (lo veremos más adelante) del sistema de responsabilidad administrativa.

Tras esta reforma de 1999 apenas se retoca la Ley de Procedimiento Administrativo Común, salvo mediante la Ley 24/2001, que se centra sobre todo en la introducción de más medios

[8] Véase, GARCÍA DE ENTERRÍA, "Introducción", a LEGUINA VILLA/SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993.

telemáticos e informáticos en las relaciones entre Administración y ciudadanos, desarrollando lo que se ha llamado Administración electrónica o e-Administración: notificaciones electrónicas, registros telemáticos. En general, se fomenta mediante estas reformas la utilización de las nuevas tecnologías, dando satisfacción a una demanda de modernización y puesta al día cada vez más perceptible en la sociedad española.

Y es que hoy el procedimiento administrativo no se contempla en España sólo desde una perspectiva jurídica, sino que también se considera uno de los principales mecanismos de realización del principio de eficacia de la Administración, lo que se proyecta en múltiples estudios sobre la agilización, simplificación y optimización de los procedimientos, uno de los objetivos más perseguidos por el Ministerio de las Administraciones Públicas español, y de los temas más tratados por la doctrina reciente. Las conexiones entre el procedimiento administrativo y la "buena administración" no sólo tienen interés doctrinal, ya que quedan reflejadas en el derecho a la buena administración contemplado en la Carta de Niza, sobre derechos de los ciudadanos de la Unión Europea.

IV. EL ACTO ADMINISTRATIVO, SU EJECUCIÓN, EL PRINCIPIO DE AUTOTUTELA Y LOS RECURSOS EN VÍA ADMINISTRATIVA.

1. El acto administrativo: definición clásica y evolución en España.

En el Derecho administrativo español el acto administrativo tiene una gran extensión conceptual. Esta extensión conceptual se ha desarrollado en gran medida a efectos de beneficiar al ciudadano, desde una perspectiva procesal: como el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa dependía de la previa existencia de un acto esto ha provocado que el acto se extendiera conceptualmente sobre manera. No ha ocurrido, por ejemplo, lo que en Derecho alemán, en el cual el acto tiene un contenido más limitado y muy preciso, ya que las actuaciones materiales pueden ser impugnadas o requeridas tradicionalmente sin problema procesal alguno, al existir pretensiones procesales *ad hoc* para estos casos. La concepción referida, del Derecho administrativo español, sufre un ajuste importante tras la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998: al poderse impugnar o requerir "actuaciones" (no necesariamente actos) directamente ante esta jurisdicción se evita la necesidad aludida anteriormente y hasta se propiciaría la ocasión de una revisión del contorno o definición del acto.

En términos teóricos o clásicos, todavía hoy la definición de acto administrativo más difundida en España es la formulada por ZANOBINI, adaptada por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: "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]. Este concepto es un lugar común en el estudio del Derecho administrativo, siendo conoci-

[9] Véase, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2003.

do por la mayoría de los estudiantes de leyes, y por la retórica de los opositores a los distintos cuerpos de la Administración española.

Probablemente el éxito de esta definición, que no es sin embargo unánimemente aceptada por la doctrina española (se han sostenido conceptos más amplios por parte de GARRIDO FALLA o GUAITA, entre otros), se deba a su sencillez y concisión. Y a que a pesar de no ser una definición omnicomprensiva del actuar administrativo, abarca un gran número de decisiones y valoraciones de los órganos administrativos en ejercicio de sus potestades. Aunque su carácter sólo relativamente abierto deja algunos interrogantes a la hora de calificar como actos determinadas manifestaciones del actuar de la Administración. Ni todas las decisiones de la Administración serían actos, según este concepto (no lo serían, claramente, las decisiones normativas), ni todos los actos serían decisiones (no lo serían, por ejemplo, los certificados).

Tal vez uno de los elementos diferenciales del acto administrativo, frente a otras manifestaciones del actuar de la Administración (más amplio), radique en su carácter formal. Los actos se emiten en el contexto de intervenciones ritualizadas. Así el acto, salvo en casos rayanos en la actividad material (órdenes mediante signos o sin constancia documental alguna) resulta procedimentalizado, siendo éste su factor distintivo frente a las vías de hecho y a la actividad material o técnica.

No puede dejar de señalarse, dicho esto, la importancia creciente que, desde un punto de vista jurídico, tiene la actividad material o técnica, en un escenario de crecimiento exponencial de la presencia de la Administración en los más variados ámbitos. Si la categoría del acto administrativo se construye en el contexto liberal, por los autores clásicos, hoy debería tal vez ser revisada y replanteada a la luz se lo que sean las potestades administrativas, y en general las manifestaciones de la voluntad, el conocimiento, el juicio o el deseo de la Administración.

La doctrina, en España y en Europa, ha empezado a cuestionar por estas razones la consideración del acto administrativo como categoría central del Derecho administrativo. En este sentido, hoy cada vez se recurre más a las fórmulas pactadas o convenidas, lo que lleva a regular nuevas manifestaciones de la voluntad administrativa, como las fórmulas convencionales, introducidas por primera vez en el artículo 88 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo: "1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadotes de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que los ponga fin".

Este precepto ofrece un régimen de mínimos de los convenios, pero la doctrina española ha dedicado muchos esfuerzos en los últimos años ha estudiar su naturaleza y abordar numerosos interrogantes de su tratamiento. La realidad es que el convenio administrativo ha sufrido un auge espectacular, a pesar de algunas reticencias doctrinales, en especial en el ámbito urbanístico.

Volviendo a los planteamientos clásicos, en el Derecho español son relevantes las distintas clasificaciones y categorizaciones de los actos. Tal vez la más trascendente en sus consecuencias pueda ser la que distingue los actos de trámite (v.gr, informes), de los formalmente resolutorios. En nuestro Derecho, como en otros muchos, sólo son impugnables separadamente las resoluciones, mientras que los actos de trámite lo serán sólo si generan indefensión, determinan la

imposibilidad material de continuar el procedimiento, lesionan derechos fundamentales o producen perjuicios irreparables. No concurriendo alguna de estas circunstancias, hay que esperar a la resolución del procedimiento para impugnar ésta, y con ella, las irregularidades cometidas en la tramitación. No obstante, la flexibilidad impera gracias también a una interpretación no rigorista de los tribunales de justicia.

2. La ejecución de los actos.

En el Derecho español, los actos administrativos son ejecutivos y ejecutorios. La ejecutividad se encuentra expresamente reconocida legalmente, en el artículo 56 de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo Común. Y la ejecutoriedad garantizada mediante los mecanismos de ejecución forzosa de los actos que citaremos en este mismo apartado.

Clave de la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos es su presunción de validez, también reconocida entre sus efectos en el artículo 57 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común: "1. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa. 2. La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior. 3. Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas".

En el análisis de las condiciones de eficacia de los actos no puede dejar de recordarse tampoco la subordinación del tal eficacia, para determinados actos que afecten derechos o intereses de terceros, o de la colectividad, a su notificación o publicación, también reguladas en la Ley de Procedimiento Administrativo Común. Y para completar el régimen jurídico de los actos en esta norma, y en la teoría general del Derecho español, habría que citar también los artículos 62 a 67, reguladores de los vicios de nulidad y anulabilidad de los actos, de la transmisibilidad de estos vicios y de su conversión, la conservación de actos y trámites (principio general de mantenimiento de los elementos de la actuación administrativa no viciados) y convalidación.

Los medios de ejecución forzosa de los actos administrativo, en el Derecho español, se encuentran regulados en los artículos 96 a 100 de la Ley de Procedimiento Común. Básicamente son el apremio sobre el patrimonio, la ejecución subsidiaria, la multa coercitiva y la compulsión sobre las personas. Se establece un criterio de proporcionalidad en su empleo, de manera que es forzoso recurrir en cada caso al menos restrictivo de la libertad individual, de los que fueran admisibles.

3. El principio de autotutela.

Una de las claves explicativas del régimen administrativo español se encuentra en el principio de autotutela de la Administración. Su significado es bien conocido, pero conviene recordarlo porque no todos los ordenamientos le conceden iguales consecuencias: a diferencia de lo que sucede con los particulares, la Administración no necesita acudir a los tribunales para proteger

su esfera de atribuciones y derechos, pues puede hacerlo por sus propios medios. La autotutela se opondría, por tanto, a la heterotutela que preside las relaciones entre particulares.

La explicación clásica de su razón de ser y evolución histórica, en el Derecho español, se la debemos principalmente a GARCÍA DE ENTERRÍA, a pesar de que durante el siglo XIX fue consolidándose este principio con numerosos ejemplos (así, el régimen de autotutela de reparación de los daños causados a bienes de la Administración...): "La Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del statu quuo, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar la tutela judicial"[10]. La autotutela tendría consecuencias tanto declarativas como ejecutivas, las primeras asociadas a la ejecutividad, y las segundas a la ejecución forzosa.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha validado el privilegio de autotutela, asociándolo al principio de eficacia de la Administración. Para realizar su función constitucional, protegiendo los intereses generales, el ordenamiento concede a la Administración toda una serie de potestades, que son las herramientas de la autotutela. En el Derecho español se reconocen numerosas potestades administrativas, como la expropiatoria, la sancionadora, la de recuperación de oficio de sus propios bienes, la inspectora, etc. En su ejercicio la Administración dicta actos ejecutivos y ejecutorios, pero también rodeados de las debidas garantías, tanto en cuanto al procedimiento, como en lo relativo a las posibilidades de recurso.

Tema clave es, también desde el punto de vista del referido supra modelo regulativo de la Administración, el de observar los límites de la autotutela, pues no siempre la Administración dispone de este beneficio. Cuando no es el caso, la Administración debe acudir a los tribunales para hacer efectivo su derecho. Por ejemplo, para recuperar un bien demanial la Administración siempre dispone de autotutela. En cambio, si el bien es patrimonial dispone de autotutela si no ha pasado más de un año desde la usurpación del particular. Trascurrido dicho año la Administración ha de acudir a los tribunales. Los ejemplos son numerosos; así, si alguien daña un bien de la Administración ésta puede emplear su régimen de autotutela, pero no siempre: la sanción seguirá siempre dicho régimen, pero la reparación del daño causado no necesariamente, dependiendo del tipo de bien, de la disposición legislativa aplicable o de la posibilidad de acumular esta pieza de reparación del daño a la sanción misma. Es decir, la autotutela, característica no obstante del Derecho administrativo español, tiene sus contornos.

4. Los recursos en vía administrativa.

En España existe una larga tradición de vías administrativas. Antes de acudir a los tribunales para impugnar las decisiones de la Administración, se obliga a los afectados a intentar resolver el conflicto comunicándoselo a los órganos administrativos. Ya en la Ley de Procedimiento Administrativo de los años cincuenta se contemplaban los clásicos recursos de alzada y de reposición. El recurso de alzada se interponía ante el superior jerárquico del órgano cuya resolución era recurrida, mientras que el recurso de reposición era el interpuesto ante el mismo órgano autor de la resolución. A uno y otro se les atribuía carácter preceptivo, convirtiéndose en causa de inadmisibilidad de los recursos contencioso-administrativos el no haber cumplido con su presentación.

[10] Véase, "La formación histórica del principio de autotutela de la Administración", *Moneda y Crédito*, 128, 1974.

Cuando se promulgó la nueva Ley de Procedimiento, Ley 30/92, tantas veces citada a lo largo de estas páginas, se discutió ampliamente sobre el régimen de los recursos. La doctrina venía solicitando, desde muy atrás, su consideración meramente potestativa, dejando en manos del ciudadano la opción de interponerlos o no. En general se consideraba que los recursos difícilmente serían para resolver los conflictos entre ciudadanos y Administración, así que la obligación de interponerlos suponía muchas veces un retraso en el acceso a la tutela judicial efectiva, verdadera garantía de la protección de los derechos frente a las ilegalidades de la Administración.

La solución legislativa dada en 1992 fue altamente insatisfactoria, y por ello muy criticada por la doctrina, comenzando por GARCÍA DE ENTERRÍA. La Ley suprimía el recurso de reposición, dificultando sobremanera la protección jurídica del ciudadano en asuntos de menor cuantía, cuyo conocimiento por parte de los tribunales supone costes que superan el alcance económico de la lesión recurrida, resueltos por órganos administrativos sin superior jerárquico (v.gr; un Alcalde, o el Rector de una Universidad). Además, mantenía el carácter preceptivo del recurso de alzada, con lo cual no se producía ninguna mejora en el plano de las garantías, y si alguna pérdida.

Dando la razón en parte a las críticas doctrinales, en la principal reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, operada en 1999, se rectifican en parte los defectos del régimen de los recursos. De nuevo se califican con los términos de la Ley de Procedimiento de 1958, llamándose de alzada al interpuesto ante el superior jerárquico, y de reposición al interpuesto frente al mismo órgano que dictó la resolución impugnada. Este último se reintroduce con carácter meramente potestativo, mientras que se mantiene (haciendo caso omiso a las propuestas doctrinales más garantistas) la consideración preceptiva del recurso de alzada.

Puede discutirse el plazo de contestación de este recurso (tres meses), ya que seguramente supone un retraso en el acceso a la tutela judicial contencioso-administrativa, muy discutible si pensamos que en la mayoría de los casos la Administración desestima los recursos, o se limita a no contestar (silencio administrativo), lo que en estos supuestos se equipara a una resolución desestimatoria (silencio negativo). Además, por regla general, la interposición del recurso no determina la suspensión del acto, salvo que el órgano administrativo aprecie, a solicitud del recurrente, la concurrencia de vicios de nulidad o los daños irreparables derivados de la ejecución del acto. En estas condiciones, lejos de ser una garantía, los recursos siguen funcionando como privilegio de la Administración en sus conflictos con los ciudadanos.

La doctrina albergó alguna esperanza de mejora de esta situación ante un posible desarrollo de la previsión del apartado segundo del artículo 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común ("las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo"), pero este precepto, prometedor en sus aplicaciones, apenas ha sido ensayado para articular mecanismos alternativos a la resolución de conflictos entre Administración y ciudadanos.

El sistema de recursos administrativos en el Derecho español se completa con el recurso extraordinario de revisión, que sólo puede utilizarse ante situaciones excepcionales, como la aparición de documentos nuevos esenciales, los errores de hecho, o las condenas penales por delitos cometidos en el dictado de la resolución administrativa. Este recurso tiene, en algún caso,

plazos más amplios de interposición (cuatro años cuando se interpone por error de hecho, y tres meses desde la aparición de los documentos o el dictado de la firmeza de la sentencia judicial). Pero en general se interpreta restrictivamente, pos su carácter extraordinario, especialmente el motivo de concurrencia de error de hecho.

Decir, por último, que el régimen general de la revisión de actos en vía administrativa también incluye mecanismos de revisión de oficio de los actos, permitiendo la revisión de los nulos por la propia Administración, previo dictamen favorable del Consejo de Estado u Órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, y la impugnación ante los tribunales de sus propios actos, siendo éstos sólo anulables, y previa declaración de lesividad para el interés público (recurso de lesividad). Para los actos no favorables (de gravamen), se simplifican las exigencias procedimentales de revocación, siempre y cuando no suponga dispensa o tratamiento discriminatorio favorable; igualmente es más sencillo rectificar errores, sin apenas exigencia procedimental alguna.

V. LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN.

Actualmente, la legislación reguladora de la materia pública contractual es el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y su extenso Reglamento posterior.

El modelo regulador es puramente público[11]. No ocurre en España lo que en otros Estados donde se prefirió un modelo de Derecho privado para la contratación de la Administración. Curiosamente, esta concepción pública no fue bien vista por los más ilustres administrativistas de nuestro Estado, pero no faltaron razones para ello en su momento: relativizando o criticando la forma contractual *pública* se conseguía un planteamiento más garantista para el particular contratista con la Administración. Por "sistema público de contratación" se estaba pensando en el característico (según esta doctrina, E. GARCÍA DE ENTERRÍA o R. PARADA VÁZQUEZ y el común de la doctrina) régimen de prerrogativas de la Administración sobre el contratista en la fase de ejecución del contrato[12]. De ahí que pueda comprenderse la actitud crítica con nuestro propio sistema, valorando más positivamente por entonces otros ordenamientos como el alemán o el británico en los cuales no existía una forma contractual pública. No obstante, un estudio más a fondo pone de manifiesto que también en estos países citados en último lugar (donde se seguía un modelo privatista de contratación de la Administración) existían y existen prerrogativas administrativas a pesar de que el contrato tenga forma jurídico-privada.

Por otra parte, el hecho es que, durante los últimos años, en especial como consecuencia del Derecho comunitario europeo, la forma pública se ha introducido materialmente, lo quieran o no estos otros ordenamientos europeos, en las propias entrañas del sistema de contratos de la

[11] ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, "Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el Derecho español y europeo", Derecho administrativo, *obra colectiva dirigida por el profesor M.S. MAREINHOFF*, Buenos Aires 1998.

[12] Véase véase R. PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Sevilla 1963; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "La figura del contrato administrativo", RAP 41 (1963) p.115; R. MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho administrativo*, Madrid 1995 p.456; S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Sevilla 1960.

Administración. La figura del contrato administrativo ha de valorarse positivamente y ha vencido en un contexto jurídico comparado[13]. El interés del contrato administrativo se ha desplazado durante los últimos años desde el tema o vertiente de las prerrogativas hacia el tema o cuestión de la adjudicación del contrato. Recientemente se descubre algo que estaba presente desde siempre (a pesar de las dificultades par hacerlo efectivo) en el sistema público de contratación: *se descubre* concretamente que la esencia del modelo público de contratación está en su régimen de adjudicación conforme a las reglas de publicidad, de concurrencia y de vinculación a la mejor oferta. En el Derecho español este planteamiento tiene una raigambre especial, pues ya durante el siglo XIX consiguió consolidarse. Sin duda el sistema público español de contratos administrativos ha venido siendo el más evolucionado en toda Europa, gracias a la tradición jurídica. De ahí que el modelo no haya sufrido alteración alguna en España como consecuencia de las famosas directivas europeas de contratación pública y de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, a diferencia de la realidad de otros países (como por ejemplo Alemania) que llegan a sufrir una auténtica revolución, al tener que introducir un principio de legalidad en la fase de adjudicación del contrato que suplanta su viejo principio de libertad de selección del contratista, como es propio (esto era lo propio) del sistema privado de contratación de la Administración.

Sin embargo, durante los últimos años el ejemplar modelo español, anclado en el pasado, no consigue superar ciertos problemas jurídicos, hecho que explica una reciente jurisprudencia del Tribunal luxemburgués que obliga a reformar nuestra legislación de contratos en temas no poco relevantes. La propia definición del "poder adjudicador" sufre cambios de interés.

En efecto, la legislación tradicional (ya desde el siglo XIX) conseguía resolver el grueso del problema de la contratación de la Administración, ya que un sistema público que rige la fase de adjudicación del contrato consigue un funcionamiento ordinario de la adjudicación de la Administración basado en los principios de publicidad y de concurrencia y vinculación a la mejor oferta. Ahora bien, por "Administración" venía entendiéndose la persona jurídica pública que reunía la condición formal de Administración. De esta forma se resuelve lo principal, es decir normalizar un sistema público de contratación administrativa. Y deja sin solución solamente el caso de posibles entidades de la Administración que, por tener forma jurídico-privada, no puedan entenderse como "Administraciones" en sentido formal. Tan solo esto era preciso alterar, en el Derecho administrativo español, del clásico modelo. Y no se hizo. Originándose así una sentencia del Tribunal de Luxemburgo (asunto 214/2000) que obliga al legislador español a superar estas viejas concepciones formales y subjetivistas de base del Derecho español, dando entrada a unos criterios funcionales que completan dichas concepciones. Tras la referida sentencia, como imponen las directivas comunitarias europeas, la sujeción a la legislación de contratos administrativos ha de hacerse partiendo de un criterio funcional. Es decir, si la actividad o función no es simplemente mercantil ha de aplicarse la citada legislación y, con ello, los criterios de publicidad, concurrencia y vinculación a la mejor oferta. Estas corrientes funcionales completan, no contradicen, las concepciones subjetivistas, ya que antes de observar el tipo de actividad es necesaria una previa adscripción formal de la entidad a la Administración como sujeto, ora porque depende orgánicamente de ésta ora porque está controlada o financiada por ella. Es decir, la entidad en cuestión, además de adscribirse a la Administración ha de cumplir una función administrativa.

[13] S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El contrato administrativo*, Editorial Civitas, Madrid 2002.

La aplicación de los criterios funcionales, pese a ciertas críticas de autores clásicos (cada vez menores por otra parte) no es imposible. Es una típica misión judicial la de ir dilucidando en el caso concreto si la función es mercantil o es pública. Sobre el particular existe ya, actualmente, además, una rica jurisprudencia del referido Tribunal europeo. Por ejemplo, las imprentas, las entidades gestoras de residuos, etc. son entidades que cumplen funciones administrativas y que, por tanto, han de cumplir las garantías públicas de la legislación administrativa. Los criterios funcionales de esta jurisprudencia deben seguirse por la jurisdicción contencioso-administrativa española, como línea de progreso y de futuro.

En lo procesal, el planteamiento o lógica es similar. Gracias a la tradición de los últimos cincuenta o más años existe lo fundamental: un modelo público en cuya virtud la jurisdicción contencioso-administrativa tutela los derechos de los licitadores y contratistas. Este sistema procesal no existía en la mayoría de los Estados europeos. Sin embargo, actualmente, como consecuencia nuevamente del Derecho europeo, otros Estados instauran un régimen de nuevo cuño que acaso supera las previsiones del nuestro. Se plantea por eso en España la posibilidad de un nuevo sistema de control *preventivo* (llevado a cabo por la citada Jurisdicción o, si hace falta, para que funcione con la efectividad necesaria, por una Cámara especial de control entre lo judicial o entre lo administrativo) que consiga tutelar plenamente las pretensiones de los interesados, a efectos de superar el problema actual de las sentencias declarativas que llegan tarde y que no consiguen imponerse a una realidad de hecho que se ha consumado ya en el momento de pronunciarse la sentencia. De ahí que hable de justicia cautelar, es decir una justicia que se inicie y se pronuncie antes de producirse la adjudicación misma del contrato conforme se ha explicado en otro lugar[14].

VI. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

Algún autor español (PARADA) ha discutido la atribución de parte del *ius puniendi* estatal a la Administración, en forma de potestad sancionadora[15]. Desde este punto de vista, cualquier ejercicio del poder de castigar debería reservarse a los jueces, en una interpretación ortodoxa de la división de poderes, y por razón de las garantías que es preciso respetar para proteger al ciudadano frente a los excesos represivos. Y es cierto que antes de la Constitución, el ejercicio de la potestad sancionadora en España no se caracterizó en todo caso por un escrupuloso respeto de los derechos más básicos, como el debido proceso, lo que resulta especialmente claro si recordamos las sanciones de orden público, tan criticadas por Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO[16].

Estas tendencias encontraban referencia en el Derecho comparado, aunque también se ha visto que lo suyo ha sido, durante los últimos años, que otros países hayan terminado por reconocer un *ius puniendi* a la Administración.

Tras la Constitución, en todo caso, se produce un reconocimiento expreso de la atribución de la potestad sancionadora a la Administración pública, si bien es cierto que en el contexto de la

[14] S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *El contrato administrativo*, Civitas, Madrid 2004.

[15] Véase, PARADA VÁZQUEZ, "Estudio preliminar" a LOZANO CUTANDA, Blanca, *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Marcial Pons, 1990.

[16] Véase, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Las sanciones de orden público en el Derecho español*, Madrid, Tecnos, 1973.

plasmación y amplio reconocimiento de un completo sistema de garantías frente a la misma. Nos referimos al artículo 25 del texto constitucional, el que enuncia el principio de legalidad sancionadora ("Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento"). Este mismo precepto también impide a la Administración imponer sanciones de privación de libertad.

El Tribunal Constitucional español ha realizado toda una labor interpretativa y de desarrollo de estas garantías, precisando los perfiles de la potestad sancionadora, y anticipando gran parte de su régimen jurídico. La STC 219/91, entre otras muchas, enuncia los principios de legalidad y reservad de Ley, considerando que dejar en manos del reglamento por completo la definición de infracciones y sanciones resulta inconstitucional.

Buena parte del resultado de toda esta labor interpretativa desarrollada por el Tribunal Constitucional, a lo largo de la década de los ochenta, se vierte en uno de los Títulos de la Ley 30/92, el IX, dedicado a la potestad sancionadora, y dividido en dos capítulos, uno sobre los principios de la potestad sancionadora, y otro sobre los principios del procedimiento sancionador. La teoría general de esta potestad, que también ha sido objeto de estudios doctrinales de primer orden, como el de Alejandro NIETO, recibe un tratamiento legal muy útil desde el punto de vista de la seguridad jurídica en los artículos 127 a 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común[17].

Por supuesto, no se agotan en estos artículos todas las normas sobre potestad sancionadora en el Derecho español. Ha sido preciso un desarrollo reglamentario del Título IX de la Ley 30/92, realizado mediante el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Y debe advertirse además, aunque es bien sabido, que la tipificación de las infracciones, así como la determinación de las sanciones, se encuentra en las múltiples leyes reguladoras de los más variados sectores de intervención administrativa, desde la banca hasta el turismo. En las leyes de la parte especial del Derecho administrativo es donde deben buscarse los comportamientos prohibidos y los castigos asociados a su comisión, mientras que la Ley 30/92, enuncia las reglas generales de previsión y ejercicio de esta potestad.

Comenzando por supuesto por el principio de legalidad, que supone el reconocimiento expresa y previa de la potestad, en norma con rango de ley (Reserva de Ley), así como su atribución a un órgano administrativo, en norma legal o reglamentaria. Una interpretación rigurosa del principio de legalidad y reserva de Ley eliminó prácticamente numerosas previsiones sancionadoras contenidas en ordenanzas municipales, dificultando la regulación de la convivencia urbana por parte de los municipios, pero tras reformas recientes en el Derecho español, plasmadas también en la Ley de Modernización del Gobierno Local que citamos en el apartado sobre organización, han resuelto este problema, dando más margen a las ordenanzas para la previsión de infracciones y sanciones.

Así también se han relajado las exigencias del principio de tipicidad, enunciado en el artículo 129 de la Ley 30/92, con reiteradas alusiones a la Ley ("Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del Ordenamiento Jurídico previstas como tales infracciones por una Ley"; "Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o gra-

[17] Véase, NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1992.

duaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes".

Muchos menos matices admiten otros principios de la potestad sancionadora previstos en el primer capítulo del Título IX. El de irretroactividad del artículo 128, admitiéndose sólo la retroactividad favorable, la responsabilidad en el artículo 130 "1. Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas o jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia") o la proporcionalidad del artículo 131, que juega tanto a favor del infractor, precisando los criterios de aplicación de sanciones más o menos duras ("3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: a) La existencia de intencionalidad o reiteración; b) La naturaleza de la perjuicios causados; c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme"), como en su contra, de manera que no puede beneficiarse de la comisión de las infracciones ("2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas").

Siempre polémica es en cambio la aplicación del *non bis in idem* al Derecho administrativo sancionador. Este principio se formula en la Ley española bajo el rótulo "Concurrencia de sanciones", y se establece la prohibición de tal concurrencia cuando se produzca una identidad de sujeto, hecho y fundamento. El Tribunal Constitucional ha precisado que "...la regla del "non bis in idem" no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes..., pero no lo es menos que sí impide el que por autoridades del mismo orden, y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta" (STC 77/83).

El Capítulo segundo del Título IX se ocupa del procedimiento administrativo sancionador, enunciando también principios, puesto que el procedimiento tal se regula en el Real Decreto de desarrollo. En los artículos 134 y siguientes de la Ley nada más se establece la garantía de procedimiento, prohibiendo las sanciones "de plano", es decir sanciones sin procedimiento, como las preconstitucionales de orden público; la necesaria separación de las fases instructora y sancionadora; los derechos del presunto responsable (a ser notificado de los hechos que se le imputen, e las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que se les puedan imponer, a conocer la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción, y de la norma que atribuya tal competencia); las medidas de carácter provisional, la presunción de inocencia, y el régimen de la resolución, incluyendo la exigencia de que sea motivada.

Asimismo, en el Derecho español está muy consolidada la regla de suspensión automática de la sanción en vía administrativa, es decir hasta el momento en que llega ésta a los tribunales, momento en el cual éstos decidirán sobre su mantenimiento o no durante el proceso judicial. Sobre el particular existe una numerosa jurisprudencia garantista que varía contenidos en función del ámbito de actuación de que se trate.

Para terminar este apartado, una mención a una de las previsiones del primer artículo del Título IX de la 30/92 (el 127). En su punto tercero, dice este precepto que las disposiciones

comentadas no son aplicables a la potestad disciplinaria ejercida por la Administración respecto del personal a su servicio, ni a quienes estén vinculados a las Administraciones por una relación contractual. En línea semejante, la Disposición Adicional Octava de esta Ley, establecía inicialmente que ésta no se aplicaba a los procedimientos de ejercicio de las potestades disciplinarias, aunque en una reforma posterior, mediante la Ley 22/93, se precisó la aplicación supletoria de múltiples normas contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo Común. No puede ser de otro modo, como es difícil discutir o relativizar la aplicación de principios como la proporcionalidad, la presunción de inocencia o la irretroactividad también a la potestad disciplinaria, pues en un Estado de Derecho la no aplicación de dichos principios supondría un espacio libre para la arbitrariedad y el exceso.

Los privilegios de ejecutoriedad se extienden además a la reparación de daño causado. En estos casos, se impone la sanción y al mismo tiempo se exige por la vía de apremio la reclamación de la responsabilidad civil. En realidad, depende de la existencia de una norma el que este sistema pueda funcionar. Pero está generalizado en el ordenamiento jurídico. Cuando no exista una norma que respalde la acumulación entre sanción y reparación del daño lo correcto es que dicha reparación tenga que reclamarse por la Administración acudiendo a la jurisdicción civil [18].

VII. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.

En España, como en el resto de los países de nuestra tradición jurídica, el concepto "discrecionalidad administrativa" describe la situación en la que la Administración pública puede optar, a la hora de decidir, entre varias soluciones, todas ellas igualmente aceptables desde un punto de vista jurídico. Allí donde existe discrecionalidad, por tanto, el ordenamiento reconoce aspectos de oportunidad a valorar por las autoridades administrativas en sus decisiones.

Se analiza el régimen de la discrecionalidad administrativa al estudiar las potestades, diferenciándose aquellas más regladas (por ejemplo, la potestad sancionadora), de otras con mayor margen de discrecionalidad (por ejemplo, la potestad reglamentaria). Pero lo cierto es que la mayoría de las potestades no son químicamente puras, ni por completo regladas ni absolutamente discrecionales, puesto que la mayoría presentan elementos reglados y otros discrecionales en su ejercicio. En este contexto, los conceptos jurídicos indeterminados consiguen evitar la discrecionalidad, en el sentido de que legítimamente el juez o Sala puede llegar a decir cuál es la solución jurídica que debe afirmarse. En la discrecionalidad, en cambio, lo propio es que los jueces lleguen a lo sumo a reducirla, después de depurar sus vicios, estableciendo el margen de decisión posible. No obstante, en la práctica judicial, cuando una decisión es discrecional ésta puede llegar a anularse por completo, pues para ello auxilian principios tales como los de igualdad, interdicción de la arbitrariedad, etc.

La doctrina española no cuestiona la legitimidad del reconocimiento de la discrecionalidad administrativa, puesto que las valoraciones de oportunidad en determinadas decisiones son consubstanciales a los sistemas democráticos, como proyección del pluralismo político y de los

[18] GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *La reparación de los daños causados a la Administración*, Barcelona 1998.

diferentes proyectos de gobierno. Pero aceptando este carácter democrático de la discrecionalidad, se sabe también que plantea riesgos de degeneración en arbitrariedad (Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ), y por tanto debe ser controlada por los jueces y tribunales, como equilibrio imprescindible del poder ejecutivo en un Estado de Derecho[19].

Y es en este punto del alcance del control judicial de la discrecionalidad administrativa donde comienza un debate que en la primera mitad de los años noventa tuvo sus momentos más álgidos, pues hoy no está ya tan vivo. Los estudios de Tomás-Ramón FERNÁNDEZ sobre la discrecionalidad y la arbitrariedad, que manejaban la jurisprudencia más avanzada y decidida a revisar las potestades discrecionales, fueron contestados por otros autores, encabezados por Luciano PAREJO, críticos con las soluciones de mayor intensidad hasta la sustitución del criterio administrativo por el judicial[20].

En este debate participaron, de un lado o del otro, o con posiciones eclécticas, administrativistas y otros juristas (teóricos del Derecho, constitucionalistas). El propio GARCÍA DE ENTERRÍA intervino con su obra *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Sin duda el tema más tratado en España en esa primera mitad de los años noventa, junto al de la "huida al Derecho privado" fue el de la discrecionalidad, con contribuciones dogmáticas de gran altura (ATIENZA, SÁNCHEZ-MORÓN, GONZÁLEZ-VARAS, entre otros muchos). Y la polémica fue útil para perfilar mucho más los conceptos y mejorar la teoría de la discrecionalidad administrativa. En este contexto, la tesis de Mariano BACIGALUPO, publicada como monografía después del enfrentamiento de posturas, profundiza en la necesidad de una predeterminación normativa de la discrecionalidad para evitar los excesos siguiendo la doctrina alemana[21].

Por otro lado, como decíamos, en la cuestión de la discrecionalidad, no puede dejar de tratarse la idea de los conceptos jurídicos indeterminados, supuestos normativos que, en la interpretación más ortodoxa, sólo ofrecerían una solución correcta. Hoy, sin embargo, se acepta la existencia de una zona de incertidumbre (gris) que daría margen a la Administración para valorar también en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados.

Para terminar, debe hacerse referencia también a la discrecionalidad técnica de la Administración, tal vez uno de las principales excusas de la deferencia judicial frente a las decisiones administrativas. En procedimientos que comportan apreciaciones técnicas de órganos especializados, como los concursos para la selección de funcionarios (muy claramente en la selección del profesorado universitario), se parte de una presunción de acierto, casi incontrovertible, de los órganos administrativos. Para evitar los excesos, se plantea el posible debate de mejorar los mecanismos de protección y de garantía a través de la práctica de pruebas y mayores exigencias procedimentales en las apreciaciones de discrecionalidad técnica en el Derecho administrativo español.

[19] Véase, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994.

[20] Véase, PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar y Juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993.

[21] Véase, ATIENZA, "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa: Comentarios a una polémica", REDA, núm.85, 1995; BACIGALUPO SAGESSE, Mariano, *La discrecionalidad administrativa: Concepto, fundamento, límites*, Marcial Pons, Madrid, 1998. GONZÁLEZ-VARAS, "El control de la discrecionalidad administrativa a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y otras enseñanzas procesales del Derecho comunitario para el proceso administrativo español (Informe para el Parlamento Europeo acerca del futuro de la política social comunitaria)", RAP, núm.135, 1994. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.

VIII. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y OTROS MODOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, EN ESPECIAL LOS ARBITRAJES.

En España la jurisdicción contencioso-administrativa tutela los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos en sus relaciones jurídicas con la Administración. Al tiempo que tutela estos intereses controla dicha jurisdicción la actividad de la Administración pública. Existe, pues, un modelo o sistema público. La ley reguladora es de 13 de julio de 1998, junto a posibles leyes que interfieren en el sistema, como por ejemplo la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Dicho sistema tiene una larga trayectoria histórica. En 1956 se dictó una buena ley que consiguió controlar adecuadamente a la Administración pública. Durante el siglo XIX se consolidó el referido sistema procesal público, a pesar de que existen antecedentes muy relevantes del control de la cosa pública durante los siglos precedentes, en especial mediante la conversión de las pretensiones anulatorias en indemnizatorias. Uno de los retos del sistema procesal público ha sido consagrar auténticas pretensiones de anulación y de reconocimiento jurídico individualizado. En este sentido, la ley citada de 1956 dejó fuera de duda su afirmación y las referidas pretensiones o acciones fueron ejercitadas por los particulares día a día ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Ésta contaba, así, con mecanismos que le permitieron tutelar adecuadamente los derechos de los particulares. No puede, por tanto, decirse que el modelo español fuera un modelo o sistema "objetivo" de control de la Administración. En especial, el Tribunal Supremo, las Audiencias Territoriales y más tarde la Audiencia Nacional emplearon dichas pretensiones, en especial la de reconocimiento de una situación jurídica individualizada, para llegar a ciertas sentencias condenatorias de la Administración obligando a ésta a realizar alguna actuación de complemento o como consecuencia de la anulación previamente declarada.

No obstante, tras la Ley de 1998 se crean nuevas pretensiones procesales que ya no necesariamente van vinculadas a la anulación de un acto administrativo, ya que tienen un carácter propio frente a dicha anulación. Son pretensiones a través de las cuales puede requerirse directamente una prestación (es decir, la realización de una actuación o que se dicte un acto), ya no la anulación de un acto. Es cierto que una aplicación extensiva de las acciones previstas en la Ley de 1956 conseguía llegar a resultados semejantes a aquellos a los que se puede llegar con la nueva Ley de 1998. El quid o diferencia está en que la nueva Ley de 1998 eliminaría la inseguridad jurídica o, mejor aún, aumenta la seguridad jurídica, ya que tras la referida Ley de 1998 no queda duda que puede pedirse, incluso autónomamente, una actuación o acto, es decir una prestación. Para ello se prevén nuevas pretensiones o acciones procesales del referido carácter prestacional (por su objeto) o condenatorio. En realidad, se supera, corrige o mejora el modelo anterior de amplia discrecionalidad judicial a la hora de determinar si proceden o no sentencias condenatorias (pueden, en efecto, encontrarse, en los repertorios jurisprudenciales de la época, sentencias de distinto cariz) o a la hora de determinar el alcance de la sentencia, en especial a la luz de un principio revisor de actos con el cual en un momento dado el recurrente podía enfrentarse frustándose todo tipo de iniciativa condenatoria en el proceso frente a la Administración. Este tipo de riesgos o inseguridades se eliminan o reducen, evidentemente, desde el momento en que la Ley prevé una acción procesal prevista *ad hoc* al efecto de conseguir las prestaciones cuya concesión venga obligada por la legislación. La nueva ley de jurisdicción de 1998 ha eliminado, así pues, algunos riesgos procesales importantes.

Por otro lado, la acción procesal deja de tener como objeto un "acto", ya que pasa a poder referirse a una simple actuación, a una vía de hecho, a una inactividad. La acción puede, sin más, requerir que se dicte un acto o una actuación, sin necesidad de pasar necesariamente por el pronunciamiento anulatorio.

Es más, aunque la concepción de la Ley de 1956 no era puramente objetiva (ya que la jurisdicción no se desentendía de la pretensión del sujeto cuando controlaba la legalidad del acto administrativo) lo cierto es que el punto de partida del sistema procesal se situaba en la idea de control del "acto" de la "Administración". Además, dicha Administración se definía en "sentido formal" y cerrado. Regía un modelo de "impugnación" o "revisor" de carácter anulatorio, pese a la flexibilidad relativa que proporcionaba la acción de reconocimiento de la situación jurídica individualizada (en puridad, un simple apéndice de la pretensión de anulación).

En cambio, el punto de partida de la nueva Ley de 1998, en una interpretación correcta (no siempre es así), es el "interés jurídico" del ciudadano que entabla relación jurídica con la Administración. El segundo paso es la identificación de los tipos de intereses jurídicos posibles: interés en que la Administración *haga*, en que omita, en que suspenda o en que actúe cautelarmente. Seguidamente se trata de amoldar el cuadro de acciones o pretensiones al cuadro de intereses jurídicos. Surgen así las acciones, respectivamente a los intereses citados, de "condena o prestacional", de "anulación", y las "cautelares". Asimismo, el cuadro de sentencias ha de situarse en directa relación con el de pretensiones. Surgen así las sentencias de anulación, las de condena o prestación. Finalmente, los modos de ejecución de sentencias se sitúan correlativamente a los tipos de sentencia y, por tanto, a los tipos de intereses jurídicos de los ciudadanos. La anulación de un acto es fruto del ejercicio de un derecho subjetivo reaccional. La concesión de una prestación fruto del ejercicio de un derecho subjetivo prestacional.

De ahí que pueda decirse que la Ley de 1998 consagra una concepción subjetiva del contencioso-administrativo basado en los intereses jurídico-subjetivos y en la idea de relación jurídica[22].

No obstante, la Ley de 1998 sigue arrastrando algunos vestigios de la concepción predominantemente objetiva del pasado, ya que la pretensión que se dirige a la obtención de una prestación sigue vinculada a la pretensión de anulación (en alguna de sus interpretaciones o variantes posibles).

Todas estas cuestiones son fundamentales porque nos informan del modelo, subjetivo u objetivo, en lo que al contencioso-administrativo se refiere.

No obstante, existen otros temas de interés, como es lógico, cuyo comentario trasciende de este lugar. En cuanto a la organización de la jurisdicción destacable es que se han creado Juzgados de lo contencioso-administrativo, en cada provincia, tal como cierto sector doctrinal venía acertadamente reclamando. El acceso al Supremo, por desgracia, se dificulta enormemente.

Se reconoce, tras la Ley de 1998, la legitimación a los intereses sociales y a los difusos (e incluso al Fiscal), siguiendo no obstante (en todo ello) las tendencias de la jurisprudencia de los años inmediatamente precedentes. Y la acción pública se podrá ejercitar cuando una ley especial la prevea. Se introduce un procedimiento abreviado marcado por la estricta oralidad, aunque sigue predominando el procedimiento ordinario de carácter escrito.

[22] Véase, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Tecnos, Madrid, 1999.

Los principios procesales siguen siendo el dispositivo y el de investigación de oficio. Existe, finalmente, garantía de recurso aunque limitada a los asuntos más relevantes.

La jurisdicción contencioso-administrativa sigue adoleciendo de un problema de sobrecarga de trabajo o de lentitud en sus actuaciones, planteando siempre la cuestión de sus posibles reformas o de la búsqueda de mecanismos alternativos de solución de conflictos. No obstante, en Europa en general, y en España en particular, los arbitrajes no terminan de abrirse camino en el ámbito público. Es significativo cómo, en cambio, históricamente, la Constitución de Cádiz apostaba decididamente por los arbitrajes Pero está actualmente muy consolidado el modelo judicial, sobre todo en el Continente europeo. Cuando pueda identificarse una actuación de carácter mercantil o privado de la Administración la cuestión es más sencilla para justificar un arbitraje. De ahí que podría afirmarse que el reto de los arbitrajes, en el ámbito público, puede pasar por la conversión de auténticos asuntos públicos en asuntos privados o mercantiles. El avance de los planteamientos de mercado o privatizadores podría llevar a este tipo de interpretaciones, aún inusuales en el Derecho administrativo español, ya que directamente no es posible un sistema de arbitraje para el control de la Administración.

Ni siquiera es fácil implantar un posible modelo de Cámaras administrativas especializadas o similar, de carácter administrativo, para el control de ciertos ámbitos de actuación de la Administración. Se prefiere la jurisdicción contencioso-administrativa ordinaria, general, pese a su lentitud e insuficiencias a veces, frente a otro tipo de fórmulas que recuerdan a un modelo de jurisdicciones especiales que precisamente se ha querido evitar por los riesgos que éstas conllevan desde el punto de vista de las garantías jurídicas[23]. En cambio, en el ámbito de las adjudicaciones contractuales por ejemplo podría avanzarse en la línea de un modelo administrativo de control siempre que se integraran garantías de carácter judicial, aunando esta perspectiva de las garantías con la mayor eficacia y rapidez de aquel otro sistema siguiendo tendencias en este sentido de otros Estados de Europa. En este sentido, a veces cuando se habla en España de arbitraje el planteamiento se refiere a profundizar en un artículo de la Ley 30/1992 (el 107) donde se prevé o intuye un modelo de control administrativo mediante órganos independientes y desvinculados del órgano involucrado en la decisión que se recurre por el particular. Es éste, evidentemente, un sentido, de arbitraje, diferente al sentido genuino que éste tiene al que me he referido anteriormente (GONZÁLEZ-VARAS).

Evidentemente, el mínimo es contar con una jurisdicción contencioso-administrativa para el enjuiciamiento de los asuntos administrativos. La citada jurisdicción ha de ser una jurisdicción ordinaria en el ámbito público, residenciándose en ella todo asunto público no remitido a otra jurisdicción especial (la tributaria, la laboral o la constitucional). Si una jurisdicción entiende de un asunto no conforme a su propia naturaleza se produce entonces un fenómeno de desviación procesal siempre indeseable. Esto ocurre cuando la jurisdicción civil asume funciones de control que incumben a la jurisdicción administrativa o cuando se extiende el llamado recurso de amparo por culpa de que no funciona adecuadamente la jurisdicción administrativa. Este problema es tan viejo como el Derecho administrativo. También en España la jurisdicción civil (por ejemplo en materia de "vías de hecho") llegó a asumir una tutela judicial por el hecho del funcionamiento no correcto de la jurisdicción administrativa. La solución a este problema, presente en Iberoamérica en algunos países (asumiendo el recurso de amparo o el recurso en vía civil esferas procesales

[23] Sobre esta problemática F. SOSA WAGNER, *Las jurisdicciones administrativas especiales*, Madrid 1977.

administrativas) parece clara: habría a nuestro juicio que apostar por la adecuación entre el tipo de asunto y el carácter de la jurisdicción; la administrativa ha de regir con carácter general u ordinario los destinos de la vida judicial administrativa. Incluso debe afirmarse adecuación entre el interés jurídico y el tipo de acción procesal evitando que los asuntos terminen en indemnizaciones cuando deban proceder anulaciones. O que terminen con la anulación cuando lo procedente es la condena a realizar una prestación.

IX. OTRAS TÉCNICAS DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN.

No se agota en el control judicial contencioso-administrativo el control de la Administración española. Ni siquiera el judicial, pues el resto de órdenes jurisdiccionales también conocen de ciertas resoluciones y actuaciones administrativas: los del orden civil, de las sujetas a Derecho privado; los del social, de las relaciones con el personal laboral; y los del orden penal, de los comportamientos delictivos de las autoridades y funcionarios públicos (cohechos, prevaricaciones, malversaciones, etc).

Frente a las potenciales irregularidades penales, hay que subrayar también el papel del Ministerio Fiscal, que tiene atribuidos poderes de tutela de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público, aunque actúa sujeto a dependencia jerárquica, siendo el Fiscal General del Estado nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial (artículo 118 Constitución Española). Se han creado, no obstante, fiscalías con funciones de control de las más graves irregularidades administrativas (Fiscalía Anticorrupción).

El control parlamentario de la Administración se desarrolla primordialmente a través de los distintos mecanismos de control al Gobierno, sesiones semanales en las que se plantean interpelaciones y preguntas, ante la comparecencia de los distintos Ministros y del Presidente. Para asuntos de especial gravedad, pueden crearse Comisiones de investigación, como de hecho ha sucedido varias veces en el período democrático. En estas Comisiones, como en todo control parlamentario, se obtiene mayor información y se depuran las responsabilidades políticas, sin perjuicio de la intervención de los tribunales para exigir otro tipo de responsabilidades.

Entre las instituciones previstas constitucionalmente, también conviene señalar el Defensor del Pueblo (artículo 54 CE) y el Tribunal de Cuentas (artículo 136 CE). El primero es alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos de los ciudadanos, tarea en la que puede supervisar el funcionamiento de la Administración, recabando cuanta colaboración necesite de las autoridades y funcionarios públicos. El Tribunal de Cuentas, por su parte, es el órgano fiscalizador del gasto y de la actividad económica financiera del sector público, controlando muy especialmente determinadas decisiones económicas de la Administración (contratos públicos, subvenciones, etc).

Ambas instituciones (Defensor del Pueblo y Tribunal de Cuentas) se han reproducido a nivel autonómico, disponiendo hoy la mayoría de las Comunidades Autónomas de sus propios comisionados (Justicia, Procurador del Común, Sindicos) y de sus cámaras de cuentas. Unos y otras se ocupan de fiscalizar la actividad de las Administraciones autonómicas y, dentro de ciertos límites, de las entidades locales en el territorio de la Comunidad Autónoma.

Otra institución de control, no mencionada en la Constitución, pero de algún modo resultante de la misma, es la Agencia de Protección de Datos. El artículo 18 de la Norma Fundamental española establece la limitación del uso de la informática y la protección de los datos personales, desarrollada mediante la Ley Orgánica 15/1999 (LORTAD), y esta Ley crea la Agencia de Protección de Datos como organismo supervisor y garantizador del respeto de la intimidad de las personas frente a los ficheros informáticos, incluyendo por supuesto los propios de las Administraciones públicas.

Estos serían controles externos de la Administración, pero también deben subrayarse los numerosos controles internos que previenen las ilegalidades e irregularidades administrativas. Así, puede destacarse el papel de la Intervención (cuerpos especializados en la tramitación de las decisiones de gasto, controlando su adecuación a la legalidad) en todos los niveles administrativos. En el nivel local, además, tanto el cuerpo de interventores, como el de secretarios, está integrado por funcionarios de habilitación nacional, que no son seleccionados en primer término por las propias corporaciones, y por tanto ejercen sus funciones de control de la legalidad con una relativa independencia.

Como mecanismo de control consultivo de la Administración también debe subrayarse el Consejo de Estado, y los órganos consultivos equivalentes que la mayoría de las Comunidades Autónomas también han creado. Estos órganos, de gran prestigio técnico (sobre todo el Consejo de Estado) emiten dictámenes en procedimientos administrativos especialmente relevantes (aprobación de reglamentos ejecutivos de las leyes; revisión de oficio de actos nulos; responsabilidad patrimonial de la Administración; ciertos conflictos entre Administración y contratistas) garantizando la mayor legalidad de las decisiones en tales procedimientos.

Por último, puede considerarse una técnica de control, siquiera difuso, de las Administraciones públicas: La participación ciudadana. La Constitución española no es tan favorable como algunas iberoamericanas (Colombia, Venezuela) a las instituciones de Democracia directa, pero en algunos niveles administrativos, señaladamente el local, se han previsto mecanismos de intervención de los vecinos en los procesos de toma de decisiones, ya sea mediante el derecho a solicitar y recibir información (transparencia administrativa), mediante las consultas, o reconociendo legitimaciones públicas (acciones populares) para la defensa de ciertos intereses públicos, en caso de que no sean suficientemente protegidos por las autoridades administrativas (bienes públicos de las entidades locales, urbanismo, medio ambiente costas, etc). El control ciudadano sobre las políticas públicas desarrolladas por la Administración, y las reacciones ciudadanas frente a las irregularidades administrativas, representan una garantía esencial de la rendición de cuentas y la dinámica democrática.

También interesa el Tribunal de Defensa de la Competencia. Es éste un órgano administrativo, no un auténtico tribunal y sus resoluciones se recurren ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en concreto ante la Audiencia general. Desde el punto de vista del Derecho administrativo interesa este "Tribunal" por su papel cada vez más relevante a la hora de controlar ámbitos a priori mercantiles de la Administración, pero de evidente trascendencia pública. Por otra parte, el citado Tribunal controla la perspectiva pública del mercado en general, hecho que ha llevado a hablar a algunos de un "Derecho administrativo de la competencia" (SORIANO GARCIA[24]).

[24] Véase J.E. SORIANO GARCÍA, *Derecho público de la competencia*, Madrid 1999.

X. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

Tras el tratamiento del control judicial, y siguiendo las tesis clásicas sobre las dos garantías básicas protectoras del ciudadano frente a los abusos de la Administración, muy recordada por la doctrina española, procede analizar el régimen de la responsabilidad administrativa. Y es especialmente oportuno su tratamiento por ser el sistema español uno de los más amplios del mundo, y ha sido además tomado como modelo por varios Derechos iberoamericanos.

La garantía patrimonial como remedio a los daños causados por la Administración y sus agentes evoluciona considerablemente en España, desde su regulación en el Código Civil, con la aprobación de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. Este texto, primero, y después la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, perfeccionaron sobremanera el régimen de la responsabilidad de la Administración, poniéndolo a la altura de los ordenamientos europeos más desarrollados.

Tan notables conquistas no podían ser desechadas por las doctrinas más recientes e incluso por la Constitución de 1978. Nuestra Norma Fundamental hace suyo este sistema en el apartado segundo de su artículo 106: "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". Esta cláusula, tal y como ha sido interpretada por la doctrina, consagra un modelo de responsabilidad objetiva de la Administración, asociada a las consecuencias dañinas del funcionamiento (normal o anormal) de los servicios públicos. Se prescinde por tanto de la idea de culpa, basándose la responsabilidad en una conexión entre la actividad o inactividad administrativa y el resultado dañino, no existiendo la obligación de soportarlo.

Hasta 1992 se mantiene el régimen preconstitucional, perfectamente compatible con el 106.2. Pero en este año se regula, en el último Título de la Ley 30/92, tantas veces citada a lo largo de estas páginas, la responsabilidad de la Administración y de las autoridades y personal a su servicio. Los artículos 139 a 146 de la LPC se ocupan de esta materia, estableciendo primero los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración (requisitos del daño, inexistencia de la obligación de soportar, relación de causalidad...), y luego los procedimientos para hacerla efectiva.

Se perfecciona con esta regulación el tratamiento del derecho de daños administrativos, contemplando supuestos cada vez más frecuentes en un Estado descentralizado, como los de responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas, prevista como solidaria en el artículo 140 de la Ley. También se flexibilizan las posibilidades indemnizatorias, contemplando las indemnizaciones en especie. Se establece un procedimiento abreviado que permite a la Administración conceder rápidamente las indemnizaciones en casos muy claros ("...cuando sean inequívocos las relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización, el órgano competente podrá acordar la sunstanciación de un procedimiento abreviado, a fin de reconocer el derecho a la indemnización en el plazo de treinta días"). Y se unifica el orden jurisdiccional competente para conocer de las pretensiones indemnizatorias frente a la Administración, incluso las derivadas de relaciones de Derecho privado, llevando todas estas acciones, tras años de controversias jurisdiccionales, al orden contencioso-administrativo.

La reforma de 1999 afectó al primer párrafo del artículo 141 de la Ley, regulador de algunos de los presupuestos básicos de la indemnización. Se introdujo un párrafo que excluía de la

obligación de indemnizar los supuestos de daños imprevisibles o inevitables, de acuerdo con las circunstancias del momento en que se producen ("No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos"). Aunque la doctrina criticó esta exclusión, más allá del límite de la fuerza mayor prevista constitucionalmente, lo cierto es que cada vez son más los casos en los cuales se producen daños difíciles de prever o de evitar, producto de situaciones de riesgo y de los déficits de control (VIH, encefalopatías espongiformes, etc). Esta reforma viene a plantear, una vez más, la sostenibilidad de un régimen perfectamente objetivo de responsabilidad administrativa.

Otro de los aspectos de la reforma se proyectó sobre el régimen de la responsabilidad de funcionarios y autoridades, con un cambio en el verbo empleado para contemplar el ejercicio de la acción de regreso una vez la Administración indemniza a un particular por un daño producido por el comportamiento de uno de sus agentes. Si en la redacción original de 1992 la Ley decía que la Administración podría ("podrá") activar esta acción, en la de 1999 se introducía el imperativo "exigirá" ("La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca"). Este cambio de redacción no ha modificado, sin embargo, las prácticas administrativas españolas, pues se mantiene una suerte de discrecionalidad en la valoración de la concurrencia de los supuestos de activación de la acción de regreso ("Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones pública y su relación con la producción del resultado dañoso"), y sigue existiendo una cultura de la irresponsabilidad patrimonial de funcionarios y autoridades.

Aun no tratándose de supuestos de responsabilidad administrativa en sentido estricto, tal vez sea conveniente una mínima mención al régimen de la responsabilidad por actos del poder legislativo y del poder judicial. Respecto del primero, hay que tener en cuenta el apartado tercero del artículo 139 LPC ("Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos").

En el Derecho español cabe interpretar este artículo de dos formas. Primero, alegando que una Ley que cause un perjuicio patrimonial y no contemple previsión de responsabilidad es inconstitucional, ya que el artículo 33 de la Constitución prevé un sistema de indemnización frente a los perjuicios causados por el poder público y un procedimiento para ello. Segundo, que una Ley que cause un perjuicio patrimonial y no contemple previsión de responsabilidad no es inconstitucional ya que los perjuicios darán lugar a la pertinente responsabilidad pudiendo el particular interesado acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para resarcirse del daño causado. En fin, en España (a diferencia de Alemania, por ejemplo) ha terminado venciendo esta interpretación referida en último lugar, más práctica, menos rigorista aunque menos perfecta desde el punto de vista del Estado de Derecho.

Sobre la responsabilidad del poder judicial, en apartado cuarto del mismo artículo se remite a la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyos artículos 292 a 297 desarrollan la previsión del artícu-

lo 121 de la Constitución Española ("Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley").

XI. EL SERVICIO PÚBLICO, LOS MERCADOS DE INTERÉS GENERAL (LIBERALIZACIÓN, PRIVATIZACIÓN, REGULACIÓN) Y SU RÉGIMEN DE COMPETENCIA.

El concepto de partida es el de "servicio público" como concepto fundamental.

En España, la consideración de una actividad o sector como servicio público parte de un acto llamado publicatio (en los términos del artículo 128.1 de la Constitución). En el ámbito local es precisa una reserva de ley que defina la posibilidad de un servicio público (artículo 86.3 de la LBRL).

Este concepto alude a prestaciones básicas de la población que han de quedar a cubierto (agua, electricidad, transporte, etc.).

De ahí que los principios sean los de continuidad, igualdad en la prestación del servicio, solidaridad.

Por otra parte, rige, en los servicios públicos, una libre organización que se manifiesta de tres formas:

1. Libre organización en forma de gestión directa o indirecta del servicio.
2. Libre organización en forma de Derecho público o privado.
3. Libre organización en forma de monopolio (cuando sea posible) o de libre competencia.

En todo caso, el poder público define el número de operadores del sector. La técnica jurídica genuina es la concesión, no la autorización.

El Estado interviene y hasta gestiona.

Técnicamente, se parte de la ratio del monopolio natural que viene a afirmar la equivalencia entre red úncia y operador único.

El control es, igualmente, público, por el Tribunal Constitucional frente a las leyes que declaren un servicio público y por la jurisdicción contencioso-administrtiva en el ámbito local.

Decisivo es el sistema de financiación: pública mediante presupuestos, por tanto a través de los contribuyentes, o bien meditante tarifa de los usuarios.

El servicio público parte de un problema social que el Estado debe resolver: garantizar, por motivos de solidaridad, que la carta o la luz o la llamda de teléfono en zonas no rentables o para determinados colectivos tenga que hacerse a un precio determinado cuando la prestación de esta llamada de teléfono o el servicio postal en estas zonas cuesta, en valor de mercado, un precio superior al que precio que debe imponerse por motivos sociales. Esto explica que el Estado asuma toda la actividad o sector y que, con las ganancias de la parte rentable, asuma el déficit de la parte no rentable (subvenciones cruzadas o equilibrio económico).

En este contexto, la liberalización ha de explicarse contrastando con el servicio público de la forma que acaba de hacerse, por correspondencia a cada uno de sus postulados. Afirma aquélla un nuevo sistema, a pesar de que el nuevo régimen de mercado que introduce siempre contendrá elementos del servicio público. Pero sus postulados son opuestos a los de éste.

No existe publicatio. Más bien estamos ante un mercado.

El presupuesto o punto de partida no es social o público; los operadores del nuevo sector (Telefónica, Airtel, Campsa, BP) se mueven buscando un ánimo de lucro.

Técnicamente, se parte, a diferencia del servicio público, de un principio de libertad de acceso al sector. La técnica genuina es la autorización. Ilustrativo es que el número de operadores lo pondrá el propio mercado en función de sus posibilidades económias y técnicas. El nuevo concepto es el de "interconexión" a efectos de facilitar el acceso al sector, aunque también cabe la duplicidad de redes o la red compartida siempre que esto sea posible económicamente. Se razona que no necesariamente la equiparación entre red única y operador único es más rentable.

El control no es sólo público. Se generan entidades de regulación y también podrá intervenir, junto a la jurisdicción contencioso-administrativa, la jurisdicción civil.

El problema de fondo es, no obstante, idéntico al sel servicio público: mantener en ciertos casos el precio de prestación del servicio en un coste inferior al real de mercado por razones de solidaridad. Pero la respuesta es diferente. Los mecanismos de la liberalización para resolver este problema son:

–El "servicio universal". Estamos ante una técnica de la liberalización, no del servicio público. Entre todos los operadores asumen el costo de la prestación deficitaria. El propio mercado resuelve el problema social. Este sistema se manifiesta en las telecomunicaciones.

–Obligaciones de servicio público: este sistema se manifiesta en el transporte. Es otra técnica de la liberalización para dar respuesta al "problema" comentado. Se trata de obligar a realizar una ruta o servicio a cambio de una indemnización pública.

–Podrían añadirse las ayudas públicas cuando éstas se autoricen.

Es criticable que, entonces, en un sistema de liberalización, se anuncien fuentes públicas de financiación porque se desvirtúa el postulado mismo en cuya virtud es el propio mercado el que asume la carga deficitaria de prestación[25].

En España el primer intento serio liberalizador se produjo en 1996 a consecuencia del Decreto-Ley 5/1996, que afectó al suelo y a los colegios profesionales y del Real Decreto 6/1996, 7/1996 y 8/1996, 10 y 11/1996, que afectaron a las telecomunicaciones, el régimen fiscal, la defensa de la competencia, la distribución de carburantes, los servicios sanitarios y la ordenación farmaceutica.

En 1997 esta tendencia se impulsó mediante la aprobación del proyecto de Ley del sector eléctrico, aprobado por las Cortes generales como Ley 54/1997, de 27 de noviembre, y el proyecto de Ley general de Telecomunicaciones (también en junio de 1997) aprobado posteriormente como Ley 11/1998, de 24 de abril, sustituida más recientemente, así como el Proyecto de la Ley del Suelo y valoraciones, a la postre Ley 6/1998, de 13 de abril, la Ley 24/1998, de 13 de julio del Servicio Postal universal y de liberalización de los servicios postales y la Ley 3471998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

A este sistema de liberalización son inherentes, no obstante, las regulaciones públicas. El Estado deja de ser gestor para pasar a ser regulador.

No obstante, cada vez más irrumpen tendencias que pretenden, en el seno de la regulación y la liberalización, una desregulación para que los nuevos sectores adquieran un mayor carácter mercantil o privado. La regulación y la desregulación afirman la excepcionalidad de las regulaciones públicas. ha de demostrarse la necesidad de la regulación.

[25] Sobre esta dimensión crítica puede verse GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *RAP* 164, pp.253 y ss.

En este contexto se presenta la autorregulación, por ejemplo en el ámbito del internet, como nueva fórmula regulativa.

Estos fenómenos no pueden llegar a tener un especial alcance desde el momento que la función del poder público no es otra que la de regular reglamentariamente aspectos de la vida social[26].

La regulación, como consecuencia de la liberalización, se justifica, por ejemplo en el sector de la energía, considerando la necesidad de proteger a los usuarios (los "clientes" del nuevo mercado) o a los competidores. Según la Ley del Sector Eléctrico 54/1997 la "regulación" se justifica a fin de garantizar el suministro eléctrico, garantizar la calidad de dicho suministro y asegurar que se realice al menor coste posible, todo ello sin olvidar la protección del medioambiente. De forma ilustrativa esta Ley llega a matizar distintos niveles de regulación, distinguiendo por una parte actividades reguladas (gestión económica y técnica del sistema, transporte y distribución) y actividades no reguladas (producción y comercialización).

Además, siguiendo con este ejemplo, se argumenta que, por ser el transporte y la distribución de electricidad monopolios naturales, se precisa una regulación pública. La Comisión Nacional de la Energía llega a decir que sería necesaria una mayor regulación respecto de no pocos temas esenciales del sector eléctrico, tales como a su juicio el acceso a la red de transporte ("Informe sobre posibles medidas liberalizadoras en el sector energético", de 6 y 7 de junio de 2000 p.17).

En efecto, en general, en los mercados herederos de los servicios públicos, sus propias características estructurales (pesada herencia del monopolio y presencia de posiciones dominantes, disposición de dichos mercados en torno a la red...) y la presencia especialmente marcada de intereses públicos de ineludible consideración son hechos que llevan a la necesidad de una regulación pública.

En el fondo, la "regulación" en estos casos es una manifestación de la especificidad de este tipo de mercados. No son éstos simples mercados. De aquéllos (los mercados de interés general) depende la realización de estos últimos (su abastecimiento, su suministro, su funcionamiento mismo); y están presentes ciertos intereses públicos de forma especialmente clara.

Es decir, aunque lo esencial pasa a ser hoy conseguir un mercado eficaz el problema es que los mercados que en Europa se corresponden con los viejos servicios públicos resultan de una transformación de una estructura monopolística que impregna y además determina decisivamente el nuevo mercado, haciéndose necesaria la regulación.

A diferencia de la liberalización (fenómeno éste jurídico que proviene de una norma europea que obliga a liberalizar), la privatización es predominantemente una decisión política que depende de cada Estado. Dicha privatización tiene distintas formas:

–Auténtica o material, consistente en la venta de las acciones.

–Inauténtica o formal, afectando al régimen jurídico aplicable, pero permaneciendo pública la entidad o empresa.

–Indirecta, es decir a través de concesión o principalmente de colaboración empresarial en el ejercicio de funciones públicas.

[26] En general sobre todas las cuestiones que estamos tratando relativas a servicios públicos, de interés general, liberalización, privatización, regulación, etc. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Los mercados de interés general: de telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*, Editorial Comares (Granada), septiembre 2001, con otras referencias bibliográficas.

–Funcional, en sentido equivalente a liberalización[27].

Finalmente, es preciso tener en cuenta el Derecho de la competencia en este escenario de los viejos servicios públicos y en especial sus técnicas del abuso de posición dominante, las concentraciones de empresas, la excepcionalidad de las ayudas, la competencia desleal, los acuerdos colusorios, las restricciones verticales, las autorizaciones singulares, como técnicas jurídicas hoy claves para entender los nuevos mercados o servicios de interés general. En suma, nos encontramos ante mercados o servicios de interés general, donde las reglas públicas son esenciales y donde la vieja impronta del servicio público está presente.

XII. LA FUNCIÓN PÚBLICA.

A la hora de desarrollar este apartado sobre "función pública" habría que comenzar precisando el significado de este concepto, pues no en todos los países iberoamericanos se denomina de la misma forma al personal que trabaja para el Estado bajo un régimen de Derecho Administrativo. La Carta Iberoamericana de Función Pública nos ha ayudado en este empeño, pues recuerda que la "función pública" es sinónimo en algunos países de "servicio civil" (por imitación del término anglosajón), y las leyes de la materia en ocasiones aparecen con la denominación de "carrera administrativa", lo que supone un componente de profesionalización.

En España, encontramos un tratamiento normativo de la función pública, en el sentido contemporáneo de esta institución, desde el siglo XIX, con sendas normas de 1825 y 1827 dictadas por López Ballesteros, a la sazón Ministro de Hacienda. Poco después, en 1852, se aprobará el Real Decreto Bravo Murillo, que puede citarse como una de las principales normas administrativas de la época. Ya en el siglo XX, los principales textos normativos serán el Estatuto de Maura (1918), la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (1964), todavía vigente en parte, y las reformas de la Ley de Medidas Urgentes (1984), después corregida en 1988, tras una Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1987 que afectó sobre todo al equilibrio entre los empleados públicos de condición funcionarial y los sujetos a Derecho laboral.

En esta Jurisprudencia se declaró la opción constitucional por un sistema de función pública, de manera que no sería aceptable en España, sin reforma constitucional previa, una reforma como la italiana, basada en la laboralización de los empleados públicos, a pesar de lo cual, aunque la regla sea el personal funcionario, y la excepción el laboral, proliferan los laborales en todos los niveles administrativos. Dicho esto, hay que advertir que las diferencias de régimen jurídico entre las dos categorías se han ido atenuando, en aspectos como el derecho a la sindicación o la negociación colectiva. Y por supuesto el ingreso en todos los puestos de trabajo está basado en los principios de mérito y capacidad, consagrados en el artículo 23 de la Constitución española. Esta opción meritocrática es la clave del modelo de función pública español, que puede describirse como altamente profesionalizado.

[27] En general sobre todas las cuestiones que estamos tratando relativas a servicios públicos, de interés general, liberalización, privatización, regulación, etc. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Los mercados de interés general: de telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*, Editorial Comares (Granada), septiembre 2001, con otras referencias bibliográficas.

Efectivamente, y a pesar de todas las desviaciones e irregularidades prácticas que puedan recordarse, hay que reconocer la garantía de estabilidad e imparcialidad en el ejercicio de la función que la normativa española contempla en cada uno de los aspectos del régimen de los empleados públicos: acceso; promoción y provisión de puestos de trabajo; derechos y deberes; régimen disciplinario. Claro que muchos de los aspectos de este régimen son mejorables, pero el balance que merecen desde el punto de vista de la carrera administrativa y la profesionalidad no es negativo.

Tal vez puedan destacarse entre los puntos más necesitados de revisión el régimen retributivo, tal vez no suficientemente incentivador y discriminador por el rendimiento, y el régimen de la responsabilidad patrimonial directa del funcionario, igualmente discutido por las aproximaciones doctrinales. Otras cuestiones, como el sistema de selección, presidido por las características "oposiciones", a pesar de su relativo anacronismo, sigue considerándose como el menos malo de todos los procedimientos posibles, porque al menos acredita una capacidad de esfuerzo de los aspirantes, su perseverancia y afán por ingresar en los cuerpos (el opositor típico español estudia duramente varios años, hasta catorce horas diarias, seis días a la semana, para conseguir, en competencia con otros cientos o miles de candidatos, ocupar un plaza)[28].

El régimen de los funcionarios no está en un solo texto, ni siquiera en varios del mismo nivel normativo. Aunque la legislación estatal sirva como básica y establezca un régimen completo para sus propios funcionarios, que muchas veces funciona también como supletorio, los funcionarios de las Comunidades Autónomas están sujetos a las leyes autonómicas y las locales o la legislación de régimen local, conformada sobre todo por la Ley de Bases de 1985 y el Texto Refundido de Disposiciones Vigentes en Materia de Régimen Local de 1986.

En 1998 se presentó y debatió públicamente un Anteproyecto de Estatuto Básico de la Función Pública. Esta norma hubiera podido servir para poner fin a la dispersión del Derecho básico estatal en varios textos, dictados en momentos históricos bastante dispares. La Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, la de Medidas Urgentes de 1984, y sus reformas de 1988 y otras posteriores, no responden a una sistemática integradora, presentando tratamientos de las cuestiones funcionariales dispares cuando no contradictorios. Parece por ello necesario, en el nuevo marco constitucional, desarrollar de una vez en un solo texto lo previsto en el apartado tercero del artículo 103 de la Constitución de 1978: "La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones".

En la misma Constitución, al distribuir competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, se establece que corresponde al Estado "Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios", mientras que las Comunidades Autónomas, en virtud de su potestad organizatoria, deberían regular numerosos aspectos del régimen de sus empleados. Algunas lo han hecho más ampliamente, pero la mayoría ha optado por cierta prudencia y respecto a un Derecho estatal aún predominante, lo que incrementa las diferencias entre las funciones de las Comunidades Autónomas más activas normativamente y el resto. El Estatuto Básico de la Función Pública ayudaría a dilucidar mejor los campos respectivos del Estado y las Comunidades Autónomas, estableciendo un mínimo común denominador[29].

[28] F. CASTILLO BLANCO, *El sistema retributivo en la función pública española*, Madrid 2002.
[29] A. MARTÍNEZ MARÍN, Régimen jurídico de los funcionarios, Madrid, 2004

XIII. URBANISMO, ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y MEDIO AMBIENTE.

Cada vez mayor importancia alcanza el Derecho urbanístico español. A raíz de la Ley del Suelo de 1956 surge un modelo legislativo basado en el plan urbanístico. Este sistema se ha mantenido en su esencia hasta la actualidad. Esto significa, primero, que los Municipios han de seguir la Ley a la hora de ejercitar sus competencias urbanísticas. De ahí que decayera la importancia de las ordenanzas de construcción y edificación, también ante la irresistible pujanza de la idea de plan que lleva a considerar dichas ordenanzas como instrumentos de complemento del plan. Surge así la concepción estatutaria de la propiedad. El derecho de propiedad deja de desplegar sus efectos propios (contemplados en el Código Civil) para pasar a depender del plan conforme, además, a la función social de la propiedad. Toda esta concepción está pensando en el suelo urbanizable; la gestión urbanística queda a cargo de los propietarios o particulares interesados en la urbanización de sus parcelas. Los tipos de suelo son el no urbanizable, el urbanizable y el urbano (GARCIA DE ENTERRIA/ T.R. FERNÁNDEZ/PAREJO ALFONSO[30]).

La legislación posterior (fundamentalmente los Textos Refundidos de los años 1976 y 1992) perfeccionan el modelo, incidiendo en sus ejes: la reparcelación, la equidistribución de beneficios y cargas en suelo urbanizable.

Un momento de debate se produce en 1995 cuando surge un significativo Real Decreto de medidas Liberalizadoras del Suelo (y de los Colegios profesionales, por cierto) donde se pone en tela de juicio la idea del "plan rector" que va delimitando positivamente el suelo a efectos de poder ser urbanizado por los propietarios (SORIANO GARCÍA)[31]. Esta reforma fue importante porque ha conseguido que la actual Ley estatal de Régimen de Suelo y Valoraciones (de 1998) considere que, primero, ha de delimitarse positivamente el suelo no urbanizable, de modo que el resto pasa a ser urbanizable. Es una forma ésta, evidentemente, de crear suelo y favorecer el desarrollo económico. Anteriormente, primero se delimitaba el suelo urbanizable positivamente y el resto era no urbanizable (salvo, lógicamente, el urbano). Este sistema planteaba el problema de que la Administración podía no seguir el ritmo de creación de suelo que necesita la sociedad, la economía y el sector empresarial. Por otra parte, daba lugar a problemas de especulación con el suelo, considerando las enormes diferencias que se daban en función de si el suelo entraba o no dentro de la línea que marcaba la Administración de planeamiento. Sin embargo, finalmente, no se ha seguido una concepción liberalizadora a ultranza, ya que, aunque el suelo urbanizable es de definición residual, lo cierto es que la urbanización del suelo urbanizable depende de una sectorización o delimitación previa que ha de realizar la Administración conforme al plan. El plan sigue cumpliendo una función central, a pesar del derecho reforzado de los particulares a introducir procesos de urbanización.

Junto a estos factores de suelo y planeamiento, acaso el tema más interesante del urbanismo reciente esté en la gestión urbanística, ya que se han generado nuevos modelos. Tradicionalmente, había que esperar a que el propietario quisiera urbanizar y edificar. La legislación estatal de 1992 siguió partiendo de esta premisa, aunque reforzaba los deberes del propietario, por necesidades públicas de cumplimiento de la legalidad y de edificar terrenos, de urbanizar y de edificar.

[30] E. GARCÍA DE ENTERRÍA/L. PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho urbanístico*, Madrid 1981; T.R. FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho urbanístico*, sucesivas ediciones, Madrid; T. QUINTANA LÓPEZ (coordinador), *Derecho urbanístico estatal y autonómico*, Valencia 2001; R. MARTÍN MATEO (coordinador) (1982): *El sector vivienda*, Madrid 1982; F. SOSA WAGNER (1993), *Infraestructura de urbanismo y vivienda*, Madrid 1993.

[31] J.E. SORIANO, *Hacia la tercera desamortización (por la reforma de la Ley del Suelo)*, Madrid 1995.

No obstante, el ritmo que impone el propietario suele ser lento, en parte porque la lentitud le favorece, ya que de esta forma su terreno va asumiendo plusvalías muy considerables con el trascurso del tiempo. La Administración, por su parte, tampoco conseguía obligar al propietario a cumplir a tiempo sus obligaciones. De ahí que surja una nueva figura, el "agente urbanizador" o empresario que, sin ser necesariamente propietario, irrumpe en el escenario urbanístico presentando un programa de actuación urbanística que suplanta al propietario. Este sistema lleva aparejado, lógicamente, las debidas garantías a favor de la propiedad. Ésta seguirá obteniendo un solar apto para ser edificado. Pero la urbanización, a la que siempre es reticente la propiedad, será realizada por el empresario urbanizador, cuya función es la de dinamizar la operación urbanística, urbanizar a costa de los propietarios y crear solares a los propietarios. Se trata de un delegado público que cumple la función pública urbanística[32].

Este modelo empresarial de gestión que suplanta al propietario se ha implantado en prácticamente toda España aunque con soluciones diversas entre las Comunidades Autónomas. Es preciso saber también que, tras una discutible sentencia del Tribunal Constitucional de 1997, la competencia en materia de urbanismo y ordenación del territorio también es de las regiones (llamadas ahora Comunidades Autónomas), sin que el Estado pueda regular estas materias. Tan solo puede interferir indirectamente en ejercicio de sus títulos competenciales propios.

Otro tema de creciente interés es la ordenación del territorio que se superpone a la ordenación urbanística. La primera es regional aunque de alcance local y posible origen estatal, la segunda municipal. Plantea esta irresistible tendencia el problema de su compatibilidad con la autonomía local. De ahí la necesidad de crear doctrinalmente garantías a favor de la Administración local. Sin embargo, puede servir para corregir problemas y dar respuesta a retos que los Ayuntamientos no pueden por sí solos solucionar o llevar a cabo. Por el momento, existe una muy avanzada legislación de ordenación del territorio, en manos de unas Comunidades Autónomas con un enorme protagonismo, aunque en la práctica no terminan de aprobarse los distintos planes regionales de ordenación del territorio, a salvo de los sectoriales (por ejemplo de inundaciones o riesgos sísmicos) que sí son numerosos. No obstante, existen incluso sentencias que anulan este tipo de planes, sobre todo cuando invaden la autonomía local. Y, sobre todo, existe una tendencia hacia un modelo de "gestión territorial" (o "urbanismo autonómico") que puede llegar a representar un cambio de paradigma del escenario urbanístico español. La gestión territorial afirma la posibilidad de una consideración conjunta de los distintos tipos de suelo de los municipios, trasfiriendo aprovechamientos de algunos de ellos a favor de otros. Así, cabe transferir parte de los aprovechamientos del suelo urbanizable en el suelo urbano consolidado con la consecuencia de adquirir fondos para reformar o rehabilitar el interior de las ciudades. Así ocurre en la Comunidad Valenciana. En Canarias por ejemplo la gestión territorial lleva a impedir la gestión del suelo urbanizable obligando a invertir antes en la rehabilitación de las ciudades. También ha llegado a afirmarse, por esta vía de la gestión territorial, un sistema que permite la reclasificación de suelo de no urbanizable en urbanizable a cambio de aportar a la Administración recursos económicos o una parte equivalente de suelo a la reclasificada a efectos de conseguir así impedir todo intento (en la parte donada) de urbanización en suelo no urbanizable protegido. Otra posible manifestación consiste en consentir más consumo del suelo del permitido en principio normativamente, a efectos de obtener la Administración a cambio recursos económicos por ello que, nuevamente,

[32] S. GONZÁLEZ-VARAS, Santiago *Urbanismo y ordenación del territorio*, Editorial Aranzadi, Madrid 2004

puede emplear en la rehabilitación de la ciudad. En el seno de la ordenación del territorio curiosamente se consigue una mayor atención para los núcleos urbanos[33].

Aunque desde siempre ha existido una preocupación ambiental (generalmente vinculada a la salubridad) es desde la aprobación de la Constitución Española de 1978 cuando se observa una especial preocupación del Derecho administrativo español por las cuestiones ambientales, no en vano se incluye, entre los principios rectores de la política social y económica, un artículo – el 45 – monográfico sobre esta materia: "1. Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado"[34].

No puede pasarse por alto tampoco, junto a esta previsión constitucional, la extraordinaria preocupación mostrada por las instituciones europeas, en el proceso de integración, por las cuestiones ambientales, siendo ésta materia una de las más desarrolladas en el Derecho Comunitario. Tanto en los Tratados, como en una profusa normativa derivada de la que traen causa la mayoría de las leyes españolas sobre protección del ambiente. Entre las principales leyes aprobadas en España con esta finalidad, pueden destacarse las siguientes: Ley 38/95, de acceso a la información en materia de medio ambiente; modificada por la Ley 55/99; Ley 11/97, de envases y residuos de envases; Ley 10/98, de residuos; Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación.

Como puede verse, una intensa actividad normativa del Estado, y ello pese a que a éste sólo le corresponda, de acuerdo con el reparto constitucional de competencias, el dictado de las bases, siendo las Comunidades Autónomas competentes para el desarrollo de esta legislación básica y el establecimiento de normas adicionales de protección. Los conflictos competenciales en materia de medio ambiente han tenido su última expresión en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional que ha resuelto la polémica sobre la gestión de la red de parques nacionales, atribuyéndosela a las Comunidades Autónomas.

Es preciso también considerar que la mayor parte de la legislación ambiental procede actualmente de reglamentaciones europeas cuya trasposición es obligada en España al igual que en el resto de los Estados europeos. También la dimensión internacional está cada vez más presente.

XIV. BIENES PÚBLICOS.

El régimen de los bienes públicos se ha caracterizado en el Derecho administrativo español por su clara separación de los bienes privados, lo que ya de entrada supone un notable factor distintivo respecto de algunos otros sistemas jurídicos[35].

[33] S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Urbanismo y ordenación del territorio*, Editorial Aranzadi, Madrid 2004

[34] QUINTANA LOPEZ, Tomás (coordinador), *Comentarios a la legislación de evaluación de impacto ambiental*, Madrid 2002; MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho ambiental*, Madrid, sucesivas ediciones; VARIOS AUTORES, *Derecho ambiental en Castilla y León*, Valencia 2002.

[35] SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (director), *Los bienes públicos*, Barcelona 1997.

Este tratamiento tiene, además, un fundamento constitucional, al menos en lo que se refiere a los bienes de dominio público. En el artículo 132 de la Constitución Española se establece que "1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación. 2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. 3. Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación".

Los principales conceptos de la teoría de los bienes públicos se encuentran en este precepto constitucional, y han sido objeto de un tratamiento doctrinal suficiente como para precisar su significado. Inalienabilidad, imprescriptibilidad, inembargabilidad, afectación, desafectación, son términos bien conocidos por la teoría jurídico-administrativa, explicativos del régimen exorbitante de los bienes públicos, caracterizado por unos mecanismos de protección extraordinarios que no están al alcance de los particulares en la defensa de sus propios bienes.

En cuanto a las categorías de bienes públicos, ya desde la Constitución se establecen dos tipos, aunque sujetos a un régimen similar: bienes de dominio público y bienes comunales. Esta primera clasificación separa los bienes en función de sus titulares, siendo los comunales los propios de las entidades locales, pero sujetos a niveles de protección equiparables a los de dominio público. Más importante es la diferencia entre bienes demaniales y bienes patrimoniales: Los primeros, de dominio público, presididos por completo por normas de Derecho administrativo, y extraordinariamente protegidos por estar afectos a un uso o servicio público; los segundos, llamados a veces de dominio privado, marcados también por el Derecho administrativo, pero no tan protegidos por los principios de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad.

Muy recientemente se han aprobado importantes textos normativos que afectan al régimen de los bienes públicos, sustituyéndose por fin leyes de tan larga trayectoria como la Ley de Patrimonio del Estado, aprobada por Decreto 1022/1964, de 15 de abril. Así, finalizando la pasada legislatura, se dicta la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y también la nueva Ley de Montes, Ley 43/2003, de 21 de noviembre. La Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas pretende regular tanto el patrimonio de la Administración del Estado como, con carácter básico, los principales aspectos del régimen jurídico del patrimonio del resto de las Administraciones, incluyendo dentro de este patrimonio tanto los bienes de dominio público como los patrimoniales.

El Título preliminar de esta Ley enuncia su objeto y ámbito de aplicación, así como las clases de bienes de las Administraciones públicas y los principios inspiradores de cada clase (bienes y derechos de dominio público y bienes y derechos de dominio privado o patrimoniales), recogiendo también en detalle el régimen del patrimonio del Estado. A continuación, el Título I se ocupa de la adquisición de bienes y derechos (los modos de adquirir, la regla general del carácter patrimonial o de dominio privado de los bienes adquiridos, la asignación de los inmuebles vacantes al Estado y los saldos y depósitos abandonados, el régimen de las adquisiciones a título onerosos y de las hereditarias, las adquisiciones a título gratuito, la prescripción adquisitiva, la ocupación, las adquisiciones derivadas de la potestad expropiatoria, la adjudicación de bienes y derechos en procedimientos de ejecución, las adjudicaciones de bienes y derechos en otros procedimientos judiciales o administrativas y la toma de posesión de los bienes adjudicados).

Su Título II esta dedicado a la protección y defensa del patrimonio, comenzando con el recordatorio de proteger y defender que corresponde a las Administraciones públicas, procuran-

do su inscripción registral y ejercitando las acciones judiciales y potestades administrativas que sean necesarias para ello. Se regulan también en este título el deber de custodia, las limitaciones a la disponibilidad de los bienes y derechos (incluyendo serias limitaciones a las transacciones y sometimientos a arbitrajes), la obligación de formar inventario patrimonial y el régimen registral. Incluye este título también toda una relación de las potestades y prerrogativas de la defensa de los patrimonios públicos (investigación, deslinde, recuperación de oficio, desahucio) y un capítulo sobre la cooperación en la defensa de los patrimonios públicos.

Algunos conceptos básicos de la teoría de los bienes de la Administración, como los de afectación y desafectación, se regulan en el Título III, que también contempla la adscripción y desadscripción. El uso y explotación de los bienes y derechos se regula en el Título IV, incluyendo sus distintos aprovechamientos. El Título V se ocupa de la gestión patrimonial, el VI de la coordinación y optimización de la utilización de los edificios administrativos, el VII del patrimonio empresarial de la Administración General del Estado, el VIII de las relaciones interadministrativas[36] y el IX del régimen sancionador. En total, casi doscientos artículos, acompañados de más de veinte disposiciones adicionales, para regular con carácter general los bienes administrativos.

El régimen de los bienes públicos no se agota, sin embargo, en este texto básico. En la parte especial del Derecho administrativo de los bienes habría que mencionar también la Ley de Aguas, cuyo Texto Refundido aprueba el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio; la Ley de Costas, Ley 22/1988, de 28 de julio; la Ley de Carreteras y Caminos, Ley 25/1988, de 29 de julio; la Ley de Vías Pecuarias, Ley 3/1995, de 23 de marzo, las Leyes de Minas, Ley 22/1973, reformada por la 54/1980, y la Ley de Puertos, reformada también a finales de la pasada legislatura por la Ley 48/2003.

Para la Administración local habría que añadir las disposiciones sobre bienes contenidas en la Ley de Bases de Régimen Local y el Texto Refundido de Disposiciones Vigentes en materia de régimen local, citados en apartados anteriores, y complementariamente un Reglamento de Bienes de las Entidades locales, Real Decreto 1372/1986. En las Comunidades Autónomas habría que tener en cuenta, además, las leyes patrimoniales aprobadas por cada Asamblea legislativa, pues como hemos visto desde los primeros apartados de este trabajo, una de las principales características del Derecho administrativo español, tras la Constitución de 1978, es su multiplicación y desintegración en 17 regímenes, con el denominador común básico que esperemos garantizan el texto constitucional y las leyes que aquí hemos estudiado.

[36] RIVERO YSERN, Enrique, "Las relaciones interadministrativas", *RAP* nº80;

PANORAMA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO MEXICANO

JORGE FERNÁNDEZ RUIZ

I. MODELO REGULATIVO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, BASE CONSTITUCIONAL, CONCEPTO Y FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Estructuralmente, se puede entender la administración pública como el conjunto de áreas del sector público del Estado que, mediante el ejercicio de la función administrativa, la prestación de los servicios públicos, la ejecución de las obras públicas y la realización de otras actividades socioeconómicas de interés público, trata de lograr los fines del Estado.

En México, la administración pública se ubica en diferentes ámbitos: Federación, Distrito Federal, Estados y municipios, en los tres primeros, la estructura y la actividad de la administración pública federal tienen mayor presencia en el ámbito del Poder Ejecutivo, sin que ello signifique que sólo ahí se encuentren, puesto que también están presentes, si bien en menor medida, en las esferas del Poder Legislativo y del Poder Judicial, lo mismo que en las de los otros órganos a los que la Constitución confiere autonomía.

La regulación de la administración pública mexicana asienta su base en la Constitución, cuyo artículo 90 dispone que la administración pública federal será centralizada y paraestatal –aun cuando esto sólo aplique a la inserta en el Poder Ejecutivo–, y prevé la expedición de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, para distribuir los negocios del orden administrativo de la Federación que estén a cargo de las secretarías de Estado y departamentos administrativos, definir las bases de creación de las entidades paraestatales de la administración pública federal y regular la interrelación de las partes integrantes de ésta.

De igual modo, el artículo 122 constitucional previene, en su base tercera, que el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal organizará la administración pública de dicha entidad, mediante la determinación de los lineamientos generales para la distribución de atribuciones entre los órganos centrales, desconcentrados y descentralizados, tarea a cargo de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal, cuya expedición compete a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

Por su parte, el artículo 115 constitucional, en su fracción II, confiere a los ayuntamientos municipales facultades para aprobar, de acuerdo con las leyes que deben expedir las legislaturas de los Estados, los bandos de policía y gobierno, reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de carácter general, que organicen la administración pública municipal y regulen las materias, procedimientos, funciones y servicios públicos de su competencia.

En cuanto a la administración pública de los Estados de la República, la Constitución particular de cada uno de ellos, establece las bases de su regulación, habida cuenta que el artículo 124

de la Constitución Federal previene que las facultades que no estén expresamente concedidas por ella a la Federación, se entienden reservadas a los Estados; por lo que al no conferir al Congreso Federal facultad para legislar en materia de administración pública de los Estados, tal actividad corresponde a sus respectivas legislaturas. En este orden de ideas, el artículo 41 de la Constitución Política del Estado de Querétaro, incluye entre las facultades atribuidas a la Legislatura del Estado, legislar sobre todo aquello que la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos no conceda expresamente al Congreso de la Unión.

Los referidos preceptos constitucionales conforman en México, la base del derecho administrativo, el cual tiene una estrecha vinculación con el poder público, especialmente con el órgano en el que se inserta el área más grande de la administración pública, lo que le da un notorio matiz político, empero, con afán de precisar el concepto de derecho administrativo, conviene hacer las siguientes consideraciones:

· El derecho administrativo no se ocupa de toda la estructura, organización y funcionamiento ni de la actividad total del sector público del Estado, sino sólo de una de sus partes: la administración pública, cuyo universo rebasa los límites del Poder Ejecutivo, habida cuenta de la existencia de sendas áreas de administración pública en el Poder Legislativo, en el Poder Judicial y en los órganos a los que la Constitución confiere autonomía, aun cuando el área mayor de la misma se inserte en el Poder Ejecutivo.

· El derecho administrativo también atañe a las relaciones de las dependencias y entidades de la administración pública entre sí y de ellas con otras instituciones del Estado y con los particulares.

En consecuencia, se puede explicar al derecho administrativo como el conjunto de normas y principios del derecho público que rigen la estructura, organización y funcionamiento de las diversas áreas de la administración pública, de las relaciones de éstas entre sí, así como de sus relaciones con las demás instituciones del Estado y con los particulares.

La expresión *fuentes del derecho* invoca el origen de la normativa jurídica, es decir, los actividades o procedimientos mediante los cuales se crea, modifica, sustituye o deroga la norma jurídica; origen que se aclara con la distinción de tres tipos de fuentes: materiales, históricas, y formales.

Se entiende por fuentes materiales o reales del derecho, los hechos y acontecimientos y fenómenos sociales, incluidos los avances tecnológicos, que determinan la expedición, el sentido, la modificación y derogación de las normas jurídicas. El avance científico relativo a los trasplantes de órganos o a la clonación, al internet y a la firma electrónica, lo mismo que el fenómeno de la corrupción mueven al legislador a normar las actividades respectivas, por lo que tales avances son, sin duda, fuentes materiales del derecho administrativo.

Las fuentes históricas son los ordenamientos jurídicos antiguos o recientes que rigieron aspectos de la conducta externa humana y ya no están vigentes; por ejemplo, las leyes de secretarías y departamentos de Estado, que antecedieron a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal en vigor, constituyen fuentes históricas del derecho mexicano, cuyos preceptos fueron retomados por el legislador para la elaboración del derecho vigente.

En tanto que, por fuentes formales del derecho, se pueden entender las actividades realizadas para la creación, expedición, modificación y derogación de dichas normas, en cuyo caso hablamos de actividades legislativas, sociales y jurisdiccionales.

En rigor, es la actividad legislativa y no la ley, la fuente del derecho, así se trate del administrativo, porque, como bien hace notar Eduardo García Máynez: "así como la fuente de un río no

es el agua que brota del manantial, sino el manantial mismo, la ley no representa el origen, sino el resultado de la actividad legislativa"[1].

Como productos de la actividad formal o materialmente legislativa, podemos distinguir: la Constitución, el tratado internacional, la ley, el reglamento y la circular o similar disposición administrativa de carácter general, caracterizados como ordenamientos que contienen las normas del derecho administrativo.

II. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA FEDERAL, LOCAL Y MUNICIPAL

La organización administrativa admite diversas formas, entre las que destacan la centralización, la desconcentración y la descentralización administrativas que, lejos de excluirse, coexisten y se complementan, pues la racionalización del funcionamiento de la administración pública, constituye el objeto común de ellas.

La centralización es una forma organizacional empleada tanto en el ámbito político como en la esfera administrativa del Estado, consistente en reunir en un punto de convergencia, configurado como un ente central, la toma de decisiones del poder público. La centralización puede ser política o administrativa.

La centralización administrativa descansa en su organización jerárquica estructurada piramidalmente de tal manera que los órganos inferiores se subordinan a los inmediatos superiores y éstos a los contiguos de arriba y así sucesivamente hasta llegar al vértice de la pirámide que es el órgano supremo de la administración, investido de la máxima autoridad, que conlleva una amplia potestad sobre sus subalternos merced a la cual los designa, manda, organiza, supervisa, disciplina y remueve, conforme a un modelo de relación jerárquica que le es característico, mediante el ejercicio de los poderes de nombramiento, de remoción, de mando, de decisión, de vigilancia, de disciplina, de revisión, y de resolución de conflictos de competencia.

Según el artículo 1° de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, conforman la administración pública centralizada, la cual se organiza jerárquicamente bajo el mando y dirección del titular del Poder Ejecutivo.

La Presidencia de la República es el conjunto de unidades administrativas directamente adscritas al titular del Ejecutivo Federal, cuya estructura se modifica a su arbitrio.

La Secretaría de Estado es una unidad administrativa de alto rango, de carácter político-administrativo, adscrita a la administración pública centralizada, prevista en el artículo 90 constitucional, para apoyar al Ejecutivo Federal en el ejercicio de sus atribuciones políticas y administrativas, así como para el despacho de los negocios del orden administrativo de su competencia. Su creación, modificación, fusión o extinción, sólo puede realizarse mediante ley, según previene el artículo 90 constitucional. Según la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, las secretarías de Estado:

Conducirán sus actividades en forma programada, con base en las políticas y prioridades de la planeación nacional, que establezca el Ejecutivo Federal. (Artículo 9)

[1] García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 34ª ed., México, Porrúa, 1982, p. 52.

Formularán, respecto de los asuntos de su competencia, los proyectos de leyes, reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del Ejecutivo Federal. (Artículo 12)

Tendrán al frente de cada una de ellas a un secretario de Estado, quien para el despacho de los asuntos de su competencia será auxiliado por los subsecretarios, oficial mayor, directores, subdirectores, jefes y subjefes de departamento, oficina, sección o mes y demás funcionarios previstos en el reglamento interior respectivo. (Artículo 14)

Pueden contar con órganos administrativos desconcentrados que les estén jerárquicamente subordinados, con facultades específicas para resolver sobre la materia y dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso.(Artículo 17)

Se determinarán las atribuciones de sus unidades administrativas en su respectivo reglamento interior, mismo que será expedido por el Presidente de la República. (Artículo 18)

Establecerán sus correspondientes servicios de apoyo administrativo en materia de planeación, programación, presupuesto, informática, estadística, recursos humanos, recursos materiales, contabilidad, fiscalización, archivos y demás necesarios. (Artículo 20)

La estructura orgánica de la secretaría de Estado se puede resumir, en términos generales, de la siguiente manera:

SECRETARIO
- SUBSECRETARIOS
- OFICIAL MAYOR
- CONTRALOR INTERNO
- COORDINADORES GENERALES
  - Directores Generales
  - Subdirectores Generales
  - Directores de Área
  - Subdirectores
    - *Jefes de Departamento*
    - *Subjefes de Departamento*
    - *Jefes de Oficina*
    - *Subjefes de Oficina*
    - *Jefes de Sección*
    - *Jefes de Mesa.*

El catálogo actual de secretarías de Estado del gobierno federal es el siguiente:

Secretaría de Gobernación
Secretaría de Relaciones Exteriores
Secretaría de la Defensa Nacional
Secretaría de Marina
Secretaría de Seguridad Pública
Secretaría de Hacienda y Crédito Público
Secretaría de Desarrollo Social
Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales
Secretaría de Energía
Secretaría de Economía
Secretaría de Agricultura, Ganadería Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación
Secretaría de Comunicaciones y Transportes

Secretaría de la Función Pública
Secretaría de Educación Pública
Secretaría de Salud
Secretaría del Trabajo y Previsión Social
Secretaría de la Reforma Agraria
Secretaría de Turismo

En México, se prevé en la administración pública federal centralizada la posible existencia de dos tipos de Departamento Administrativo, cuyo rango es notoriamente desigual; el de menor rango es una unidad administrativa identificada como parte integrante de una dirección o subdirección, la cual depende a su vez de la dirección general de una Secretaría de Estado.

El departamento administrativo de mayor rango es el previsto en los artículos 90, 92 y 93 constitucionales, explicable como un órgano administrativo superior de la administración pública centralizada al que se atribuyen funciones técnicas cuyo titular depende directamente del presidente de la República, quien está facultado para nombrarlo y removerlo libremente. En la actualidad es una especie extinguida, pues no existe ninguno de este tipo, a pesar de estar previsto constitucional y legalmente.

La Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal es una dependencia de la Administración Pública Federal Centralizada, dependiente directamente del titular del Poder Ejecutivo, quien lo nombra y remueve libremente, de rango equiparable al de las secretarías de Estado, destinada a brindar asesoría y apoyo técnico-jurídico al Presidente de la República, e intervenir en la formulación, suscripción y trámite de los instrumentos legales que el mismo deba suscribir, así como representarlo legalmente en ciertos casos.

Conforme al artículo 2° de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal, integran su Administración pública centralizada, la Jefatura de Gobierno del Distrito Federal, las Secretarías, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, la Oficialía Mayor, la Contraloría General del Distrito Federal y la Consejería Jurídica y de Servicios Legales. La Secretaría de Seguridad Pública y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, como señala el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal, se rigen por sus respectivas leyes orgánicas. El esquema de la administración pública centralizada del Distrito Federal es el siguiente:

Jefe de Gobierno del Distrito Federal
Secretarios
Procurador General de Justicia del Distrito Federal
Oficial Mayor
Contralor General
Consejero Jurídico y de Servicios Legales

De acuerdo al artículo 15 de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal, las Secretarías del Gobierno del Distrito Federal, son las siguientes:

Secretaría de Gobierno
Secretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda
Secretaría de Desarrollo Económico
Secretaría del Medio Ambiente
Secretaría de Obras y Servicios
Secretaría de Desarrollo Social

Secretaría de Salud
Secretaría de Finanzas
Secretaría de Transportes y Vialidad
Secretaría de Seguridad Pública
Secretaría de Turismo
Secretaría de Cultura

Como señala el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, se sitúa en el ámbito orgánico del Distrito Federal y se rige por su propia ley orgánica.

Compete a la Contraloría General del Distrito Federal el despacho de las materias relativas al control y evaluación de la gestión pública de las dependencias, órganos desconcentrados y entidades paraestatales del Distrito Federal.

A semejanza de la administración pública federal centralizada, su homóloga del Distrito Federal cuenta con la Consejería Jurídica y de Servicios Sociales, a la que principalmente compete el despacho de los asuntos relativos a la orientación, asistencia, publicación oficial y coordinación de asuntos jurídicos; a la elaboración y revisión de los proyectos de iniciativas de leyes y decretos que vaya a presentar el Jefe de Gobierno a la Asamblea Legislativa; así como a la elaboración y revisión de los proyectos de reglamentos, decretos, acuerdos y demás instrumentos jurídicos y administrativos que se sometan a consideración del Jefe de Gobierno.

En los Estados de la República, la Administración pública centralizada, está a cargo del Gobernador del Estado y por lo general se integra con la Secretaría de Gobierno, las demás Secretarías para el despacho de los diversos ramos, la Procuraduría General de Justicia del Estado y, en algunos casos, con órganos administrativos de diversa denominación a los que se encargan sendos ramos, cuyos titulares acuerdan directamente con el Gobernador.

En el Estado de México, según se infiere del artículo 19 de su Ley Orgánica de la Administración Pública, su administración centralizada queda bajo la jefatura del Gobernador del Estado, y se integra, además, con las siguientes dependencias:

Secretaría General de Gobierno
Secretaría de Finanzas y Planeación
Secretaría de Salud
Secretaría del Trabajo y de la Previsión Social
Secretaría de Educación, Cultura y Bienestar social
Secretaría de Desarrollo Urbano y Obras Públicas
Secretaría de Desarrollo Agropecuario
Secretaría de Desarrollo Económico
Secretaría de Administración
Secretaría de la Contraloría
Secretaría de Comunicaciones y Transportes
Secretaría de Ecología

El Procurador General de Justicia depende del gobernador, es el titular del ministerio público y funge como consejero jurídico del gobierno.

El titular de la Secretaría General de Gobierno tiene el monopolio del refrendo de leyes, decretos, reglamentos, y demás disposiciones que el Gobernador promulgue o expida, de acuerdo a lo

dispuesto por los artículos 80 de la Constitución local; y suple al gobernador en sus faltas temporales que excedan de quince días pero no de sesenta, en los términos del artículo 73 de la Constitución particular del Estado.

Las demás secretarías tienen igual rango entre sí, y sus titulares, lo mismo que el de la Secretaría General de Gobierno, se auxilian de los subsecretarios, directores, subdirectores, jefes de unidad, jefes de departamento y demás servidores públicos que establezcan otras disposiciones legales y los reglamentos; su representación esquemática, bajo el mando del gobernador del Estado, es la siguiente:

Gobernador del Estado de México
- Secretario General de Gobierno
- Secretarios
- Subsecretarios
- Directores
- Subdirectores
- Jefes de Unidad
- Jefes de Departamento

Acorde con el artículo 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de México, tanto el Secretario General de Gobierno, como los demás secretarios, independientemente de sus funciones específicas, pueden formular proyectos de ley, reglamentos, decretos y acuerdos de las materias de su competencia; y están facultados para celebrar contratos y suscribir convenios por acuerdo del Ejecutivo, en dichas materias.

En la esfera municipal existe una administración específica propia. Así, por ejemplo, la fracción I del artículo 73 de la Constitución particular del Estado de Jalisco, dispone:

Cada Municipio será administrado por un Ayuntamiento de elección popular que residirá en la cabecera de la municipalidad y no habrá ninguna autoridad intermedia entre éste y el gobierno del Estado.

La administración municipal usa, también, las formas organizacionales de la centralización, descentralización y desconcentración administrativas, que dan lugar a la administración municipal centralizada, descentralizada y desconcentrada, respectivamente.

La Administración centralizada municipal queda bajo el mando del presidente municipal y se suele integrar, en los municipios importantes, con la secretaría, la sindicatura, la tesorería, la o las oficialías mayores, y las direcciones, los departamentos, las administraciones, y las oficinas u otras dependencias administrativas que se encargan de la prestación de servicios públicos o de actividades específicas.

La desconcentración administrativa consiste en el traslado parcial de la competencia y el poder decisorio de un órgano superior a uno inferior, ya sea preexistente o de nueva creación, dentro de una relación de jerarquía entre ambos, por cuya razón, el órgano desconcentrado se mantiene en la estructura de la administración centralizada. En la desconcentración administrativa, la normativa, la planeación y el control, permanecen centralizados, no así la tramitación y la facultad decisoria que se transfieren al órgano desconcentrado.

La desconcentración administrativa esta expresamente prevista en el orden jurídico mexicano, por medio de la figura del órgano desconcentrado; el artículo 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, establece:

Para la más eficaz atención y eficiente despacho de los asuntos de su competencia, las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos podrán contar con órganos administrativos desconcentrados que les estarán jerárquicamente subordinados y tendrán facultades específicas para resolver sobre la materia y dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso, de conformidad con las disposiciones legales aplicables.

Se pueden señalar como características del órgano desconcentrado que:

· Se inserta en la administración pública centralizada;

· Forma parte de la estructura orgánica de una secretaría de Estado, de la que depende jerárquicamente;

· Carece de personalidad jurídica propia;

· Tiene asignado un conjunto de bienes patrimoniales determinados;

· Cuenta con partidas presupuestales específicas;

· Tiene facultad decisoria en determinada materia o territorio, o en la prestación de un servicio público específico

· Es creado mediante una ley del Congreso o por un acto del Poder Ejecutivo.

El Archivo General de la Nación y el Servicio de Administración Tributaria son algunos de los más de sesenta órganos desconcentrados de la administración pública federal.

El Gobierno del Distrito Federal también utiliza la figura del órgano desconcentrado dentro de la estructura de su administración centralizada. El artículo 91 de su Estatuto de Gobierno, dispone:

Para la eficaz atención y eficiente despacho de los asuntos de su competencia, el jefe de gobierno del Distrito Federal podrá constituir órganos desconcentrados que estarán jerárquicamente subordinados al propio de jefe de gobierno, o bien, a la dependencia que éste determine. Los titulares de estos órganos serán nombrados y removidos libremente por el jefe de gobierno.

Entre los órganos desconcentrados del Gobierno del Distrito Federal podemos citar la Comisión de Vialidad y Transporte Urbano y el Servicio Público de Localización Telefónica.

En los Estados de la República la administración centralizada también incluye la administración desconcentrada; en Chiapas, por ejemplo, el artículo 18 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, establece: "Para la mejor atención y despacho de los asuntos de su competencia, las dependencias del Ejecutivo podrán contar con unidades administrativas desconcentradas que les estarán jerárquicamente subordinadas y tendrán facultades específicas para resolver sobre la materia o dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso".

En la administración pública del Estado de Oaxaca figuran entre otros órganos desconcentrados, la Comisión Agraria Mixta y la Comisión de Límites.

La descentralización administrativa es una forma organizativa de la administración pública, en cuya virtud se confiere personalidad jurídica propia a ciertos entes a los que se les otorga relativa autonomía orgánica respecto del órgano central, para encargarles la realización de actividades administrativas; se instrumenta mediante la creación de personas jurídicas de derecho público, distintas al Estado, bajo diversas modalidades. En México admite dos formas: por servicio, y por colaboración.

En México, el producto de la descentralización administrativa por servicio es el organismo público descentralizado, que tiene por modelo al establecimiento público francés y sus características son las siguientes:

· Su establecimiento mediante ley o decreto

· Personalidad jurídica propia

· Patrimonio propio

· Estatuto y regulación específicos
· Realización de una actividad técnica
· Tutela y vigilancia por parte de la administración central

Entre los más de ochenta organismos públicos descentralizados de la administración pública federal, destacan Petróleos Mexicanos, Comisión Federal de Electricidad y el Instituto Mexicano del Seguro Social.

El artículo 98 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal coincide con la definición del artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, al establecer: "Los organismos descentralizados serán las entidades con personalidad jurídica y patrimonio propio, creadas por decreto del jefe de gobierno del Distrito Federal o por ley de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, cualquiera que sea la estructura legal que adopten.(...)".

Entre los organismos descentralizados del Distrito Federal destacan: el Servicio de Transportes Eléctricos del Distrito Federal, el Sistema de Transporte Colectivo (Metro) y el Sistema de Agua Potable de la Ciudad de México.

La descentralización administrativa por servicio, también es aprovechada por las administraciones públicas de los Estados de la República, especialmente para la prestación de algunos servicios públicos, a través de la figura del organismo público descentralizado. En los términos del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de Campeche:

Son organismos descentralizados las entidades creadas por disposición del Congreso del Estado o por el Gobernador, con personalidad y patrimonio propios, cualquiera que sea la estructura legal que adopten, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

I. Que su patrimonio se constituya total o parcialmente con recursos o bienes del Estado o de otros organismos descentralizados, aportaciones o concesiones que le otorgue el Gobierno del Estado o el Gobierno Federal; y

II. Que su objetivo o fines sean la prestación de un servicio público o social, la explotación de bienes o recursos estatales, la investigación científica o tecnológica y la obtención y aplicación de recursos para fines de asistencia o seguridad social.

Entre los organismos públicos descentralizados de la administración pública paraestatal del Estado de Jalisco figuran: "Sistema de Transporte Colectivo de la Zona Metropolitana" y "Sistema de Tren Eléctrico Urbano", dedicados al servicio público de transporte urbano.

Diversos municipios aprovechan también, dentro del esquema de la descentralización administrativa por servicio, la figura del organismo público descentralizado; por ejemplo, en el Municipio de Naucalpan del Estado de México, la prestación del servicio público de suministro de agua potable está a cargo del organismo público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, denominado "Servicios de Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento".

III. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

La doctrina mexicana entiende el procedimiento administrativo como el conjunto sistematizado de formalidades, requisitos y trámites establecidos para realizar o impugnar un acto administrativo[2].

[2] Vid. SERRA ROJAS, Andrés, Derecho administrativo, 12ª ed., México, Porrúa, 1983, t. 2, p. 273.

La Ley Federal de Procedimiento Administrativo, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 4 de agosto de 1994, rige la actuación administrativa de la Administración Pública Federal centralizada, y también de sus organismos descentralizados en lo relativo a sus actos de autoridad, a los servicios que el Estado preste de manera exclusiva y a los contratos que los particulares sólo puedan celebrar con el mismo, conforme a los principios, enunciados en su artículo 13, de economía, celeridad, eficacia, legalidad, publicidad y buena fe.

El principio de economía predica la eliminación de formalidades, requisitos y trámites innecesarios[3], la interpretación del silencio administrativo a través de las figuras de la afirmativa y la negativa fictas, así como de la caducidad de la instancia cuando el impulso corresponda al interesado y no lo haga, según previene el artículo 18 del citado ordenamiento legal.

El principio de celeridad expresamente enunciado en la Ley en cita, está presente en varios de sus artículos, como el artículo 17 que establece un plazo máximo de tres meses para que la dependencia u organismo descentralizado resuelva lo que corresponda, y de no hacerlo operará la negativa ficta.

El principio de eficacia tiene como consecuencia que el acto administrativo sea eficaz y exigible, según establece el artículo 9 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, a partir de que surta efectos la notificación legalmente efectuada, salvo que otorgue un beneficio al particular, en cuyo caso será exigible desde la fecha en que se dictó o en la señalada para iniciar su vigencia, Cuando el acto administrativo requiere aprobación de instancia distinta a la que lo emite, carecerá de eficacia en tanto no se dé dicha aprobación.

A) EL PRINCIPIO GENERAL DE LEGALIDAD

El principio de legalidad se puede enunciar en dos sentidos: positivo y negativo; en el primer sentido se explica en la máxima latina: "*quae non sunt permissae, prohibita intelliguntur*", traducible como: lo que no está permitido se considera prohibido; en cambio, en sentido negativo, el principio de legalidad es expresado por la fórmula latina "permissum videtur in omne quod no prohibitum; quae non sunt prohibita, permissae intelliguntur, cuyo significado se puede resumir en la frase: lo que no está prohibido está permitido.

El orden jurídico mexicano emplea ambos sentidos de sujeción a la legalidad, pero aplica el primero a unos sujetos y el segundo a otros distintos, toda vez que los sujetos de derecho público, o sean, los órganos del Estado, las autoridades, se rigen por el sentido positivo, habida cuenta que sólo pueden hacer lo que la normativa jurídica expresamente les faculta, como lo ha sostenido el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al determinar textualmente, lo que, en rigor, viene a ser la definición del principio de legalidad: "Las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite"[4]; en tanto que los particulares, por sujetarse a la legalidad en sentido negativo, pueden hacer lo que el orden jurídico vigente no les prohíba.

El artículo 16 constitucional incorpora expresamente el principio de legalidad al orden jurídico mexicano al imponer tres condiciones a todo acto de autoridad que implique molestia al gobernado: *i.* que se exprese por escrito, *ii.* que provenga de autoridad competente, y *iii.* Que se funde y motive la causa legal del procedimiento.

[3] El artículo 15 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo previene: La Administración Pública Federal no podrá exigir más formalidades que las expresamente previstas en la Ley.

[4] Apéndice de jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación. Sexta Parte, Núm. 47, p. 108.

El principio de publicidad orienta también, en el ordenamiento jurídico mexicano, al procedimiento administrativo, en diversos casos, como los de licitación pública para la contratación de adquisición de bienes o servicios o ejecución de obra pública, que de conformidad con el artículo 134 constitucional, deben efectuarse mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones en sobre cerrado que será abierto públicamente, en consonancia con lo establecido en el inciso 5 del artículo III de la Convención Interamericana de la Corrupción, suscrita en caracas el 29 de marzo de 1996.

B) EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE

El principio de buena fe hace referencia lo mismo a la certeza de un individuo de que hace o posee alguna cosa con derecho legítimo, que a la convicción o suposición de la licitud y justicia de un acto, o a la creencia de que un acto o hecho jurídico es cierto o verdadero; en consecuencia, el principio de buena fe genera en quien obra de buena fe, derechos y beneficios, lo mismo que exime de responsabilidades, con lo que sirve de puente entre el derecho y la ética.

En suma, el principio de buena fe predica la concordancia entre el acto y la conciencia, entre la acción y la intención, en cuya virtud se adquieren derechos o beneficios como en el caso de la prescripción, o se liberan responsabilidades o cancelan deberes.

Además de los principios expresamente mencionados en el artículo 13 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, rige también al procedimiento administrativo el principio de impulsión de oficio, habida cuenta que, en los términos del artículo 14 de dicho ordenamiento, puede iniciarse de oficio; y de conformidad con el artículo 18 de la misma ley, continuará de oficio, sin perjuicio del impulso que puedan darle los interesados.

Aparte de los referidos principios, el orden jurídico mexicano incluye en la regulación del procedimiento administrativo los principios del debido proceso, de moralidad administrativa, de seguridad jurídica y de supremacía del interés público sobre el interés privado

El principio general del debido proceso se puede enunciar como la prohibición de afectar los derechos de los gobernados sin cubrir ciertas condiciones y requisitos que incluyen el respeto de la garantía de audiencia, la prohibición de tribunales especiales y leyes privativas, y la fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales dictadas por autoridad competente.

El principio general del debido proceso informa desde sus cimientos al ordenamiento jurídico mexicano en materia administrativa, toda vez que inspira los artículos 13, 14 y 16 constitucionales, cuya esencia recogen los artículos 72, 73 y 74 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo; artículos 13, 64 y 65 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, y el artículo 21 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

El principio general de moralidad administrativa también es fundamental en el procedimiento administrativo, porque la conducta de los servidores públicos que lo conducen debe orientarse por criterios de legalidad, lealtad, justicia, imparcialidad, eficiencia, eficacia y honradez.

El principio de moralidad administrativa informa a nuestra Constitución política en sus artículos 113 y 134, así como a los artículos 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y 7 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, el último de los cuales a la letra dispone: "Será responsabilidad de los sujetos de la Ley ajustarse, en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones, a las obligaciones previstas en

ésta, a fin de salvaguardar los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que rigen en el servicio público".

El principio general de seguridad jurídica conforma un pilar insustituible del procedimiento administrativo, por ser, como explica Joseph T. "la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos que, si estos llegan a producirse le serán aseguradas por la sociedad protección y reparación"[5].

La seguridad jurídica es, pues, principio determinante del procedimiento administrativo que se habrá de traducir en la garantía que el estado debe dar, a través del orden jurídico, de preservar y proteger no sólo la vida y la integridad física de todo individuo, sino también sus libertades, bienes y derechos contra todo acto indebido ya sea de otros particulares o de las autoridades, ya que estas últimas sólo podrán afectar a la esfera del gobernado en ciertas condiciones y previa satisfacción de requisitos específicos que, según Ignacio Burgoa Orihuela constituyen las garantías de seguridad jurídica, pues como bien hace notar:

Estas implican, en consecuencia, el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos y circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el *summum* de sus derechos subjetivos. Por ende, un acto de autoridad que afecte el ámbito jurídico particular de un individuo como gobernado, sin observar dichos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias previos, no será válido a la luz del derecho[6].

El principio de supremacía del interés público sobre el interés privado se inserta formalmente en el orden jurídico mexicano a través de diversos artículos constitucionales: 3, 25, 27 y 28, entre otros, y que en materia administrativa atañen especialmente a los procedimientos administrativos de expropiación y de concesión de servicios públicos y de bienes del dominio de la Federación.

IV. EL ACTO ADMINISTRATIVO, SU EJECUCIÓN, PRINCIPIO DE AUTOTUTELA, LOS RECURSOS EN VÍA ADMINISTRATIVA.

Conviene tener presente, al ocuparnos del acto administrativo, que la Administración realiza actos administrativos de distintas clases, entre otras, unilaterales y plurilaterales, individuales y generales.

Actos administrativos unilaterales son los realizados por la Administración mediante su sola declaración unilateral de voluntad, como ocurre en la imposición de una multa, y pueden clasificarse en individuales o generales.

Actos administrativos plurilaterales son los nacidos del acuerdo entre la Administración y otro u otros sujetos, como la celebración de un contrato de obra pública.

Se consideran individuales los actos unilaterales de la Administración con efectos jurídicos respecto de una o varias personas determinadas, acerca de uno o varios casos específicos, como sucede en el otorgamiento de un permiso para expendio de licores o de una licencia de construcción, que confieren autorizaciones específicas a sus titulares.

[5] Delos, Joseph T, Le Fur, Louis *et al*, *Los fines del derecho*, trad. Daniel Kuri Breña, 4ª ed., México, UNAM, 1967, p. 47.

[6] Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, 6ª ed., México, Porrúa, 1970, p. 494.

En cambio, se entienden generales los actos unilaterales de la Administración que producen efectos jurídicos respecto de un conglomerado indeterminado o una generalidad de personas o casos, como ocurre, por ejemplo, con los reglamentos administrativos expedidos por el Poder Ejecutivo, considerados materialmente como leyes, por tratarse de normas generales, abstractas, generales y obligatorias, emitidas por la Administración.

Con un criterio objetivo o material se considera que, en sentido amplio, el acto administrativo es el realizado en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos. Mas, resulta de poca utilidad el sentido amplio de la noción de acto administrativo porque en una misma categoría engloba actos realizados en ejercicio de la función administrativa, de muy diversa índole, como son, por ejemplo, los unilaterales y los bilaterales; por ello conviene formular una noción de acto administrativo en un sentido restringido.

En este orden de ideas, un extenso sector de la doctrina admite la formulación de una definición restringida de acto administrativo que excluya a los actos contractuales y a los actos generales de la administración, es decir, a los contratos y a los reglamentos administrativos, para referirse tan sólo a sus actos unilaterales individuales.

Así, en sentido restringido, podemos entender al acto administrativo como la declaración unilateral de voluntad de un órgano del poder público en ejercicio de la función administrativa, con efectos jurídicos directos respecto de casos individuales específicos.

Los efectos jurídicos de referencia se traducen en la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones en favor o a cargo de sujetos individuales específicos, o en la determinación de las condiciones para la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones para un caso específico.

Caracterizan al. acto administrativo en sentido restringido, la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad; la primera trata de significar que el acto administrativo se ha producido con apego al Derecho aplicable. En tanto que, el carácter de ejecutoriedad del acto administrativo en sentido restringido, admite dos sentidos, conforme al primero, que es obligatorio o exigible y por tanto debe cumplirse; y, en un segundo sentido, que entraña una fuerza especial, gracias a la cual la Administración puede ejecutar coactivamente el acto contra la oposición de los interesados, sin tener que contar con el concurso del órgano jurisdiccional.

Para el artículo 3° de La Ley Federal de Procedimiento Administrativo, son elementos y requisitos del acto administrativo, sin aclarar cuáles son unos y otros:

· Ser expedido por órgano competente, a través de servidor público, y en caso de que dicho órgano fuere colegiado, reúna las formalidades de la ley o decreto para emitirlo:

· Tener objeto que pueda ser materia del mismo, determinado o determinable, preciso en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar, y previsto por la ley;

· Cumplir con la finalidad de interés público regulado por las normas en que se concreta, sin que puedan perseguirse otros fines distintos;

· Hacer constar por escrito y con la firma autógrafa de la autoridad que lo expida, salvo en aquellos casos en que la ley autorice otra forma de expedición;

· Estar fundado y motivado;

· Ser expedido sujetándose a las disposiciones relativas a l procedimiento administrativo previstas en esta Ley:

· Ser expedido sin que medie error sobre el objeto, causa o motivo, o sobre el fin del acto, o respecto a la referencia específica de identificación del expediente, documentos o nombre completo de las personas;

· Ser expedido sin que medie dolo o violencia en su emisión
· Mencionar el órgano del cual emana;
· Ser expedido señalando lugar y fecha de emisión;
· Tratándose de actos administrativos deban notificarse deberá hacerse mención de la oficina en que se encuentra y puede ser consultado el expediente respectivo;
· Tratándose de actos administrativos recurribles deberá hacerse mención de los recursos que procedan; y
· Ser expedido decidiendo expresamente todos los puntos propuestos por las partes o establecidos por la ley.

En la doctrina mexicana, aun cuando no existe unanimidad, se mencionan con insistencia como elementos del acto administrativo el sujeto, la voluntad, el objeto, el motivo, el fin, y la forma.

En el acto administrativo en sentido restringido se detecta un sujeto activo y otro pasivo, el primero viene a ser el órgano competente del Estado, que produce el acto mediante la emisión de la declaración unilateral de voluntad con efectos jurídicos subjetivos; el papel de sujeto pasivo corresponde al particular a quien afecta el acto jurídicamente[7].

La voluntad es considerada como un elemento esencial del acto administrativo, aun cuando un sector importante de la doctrina entiende que no es un elemento sino un presupuesto de tal acto.

Al margen de la discusión doctrinal, en el acto administrativo la voluntad está referida al sujeto activo, o sea, al órgano emisor; debe carecer de vicios por error, dolo, violencia o cualquier otra causa; no puede ser tácita y debe declararse expresamente en los términos previstos por la norma jurídica aplicable, a efecto de que el sujeto pasivo quede debidamente enterado y, por tanto, en condiciones de cumplir con las obligaciones que el acto le impone y de ejercer los derechos que le confiere.

El objeto en el acto administrativo en sentido restringido consiste en lo que el sujeto activo del mismo decide, certifica u opina, debiendo ser lícito, cierto, determinado, física y jurídicamente posible, razonable y moral.

Uno de los presuntos elementos más discutidos del acto administrativo en sentido restringido es el motivo, al que alguno identifican como la causa, que puede entenderse como la apreciación y valoración de los hechos y de las circunstancias en que se realizan, que el sujeto activo lleva a cabo para emitir su correspondiente declaración unilateral de voluntad.

Incluido por diversos autores dentro de los elementos del acto administrativo, el fin, o finalidad del mismo, viene a ser el efecto que el sujeto activo se propone alcanzar con su realización.

Sin perjuicio de que se reconozca o no como un elemento del acto administrativo, el fin debe ser de interés público, estar apegado a la ley, figurar dentro de la competencia del sujeto activo, y tratar de alcanzarse mediante actos establecidos en la ley. Cuando falta cualquiera de estos requisitos se dice que hay desvío de poder, es decir que el sujeto activo del acto administrativo ha aplicado la potestad de que está investido para fines distintos a los previstos en la ley.

Muchos autores que estudian el tema reconocen a la forma, es decir, a la manera de exteriorizar la voluntad del sujeto activo que realiza el acto, como uno de los elementos del acto administrativo. Según observara Gabino Fraga: "A diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, la forma en el derecho administrativo tiene normalmente el carácter de una solemnidad necesaria

[7] Vid. Martínez Morales, Rafael I., Derecho administrativo. Segundo Curso, México, Harla, 1991, p. 219

no sólo para la prueba sino principalmente para la existencia del acto y es que en esta última rama del Derecho el elemento formal constituye una garantía automática de la regularidad de la actuación administrativa"[8].

En cuanto a la ejecución del acto administrativo, en razón de su carácter de ejecutoriedad, se puede ejecutar coactivamente contra la oposición de los interesados, sin que la autoridad u órgano que lo emita requiera contar con el concurso del órgano jurisdiccional.

Respecto del acto administrativo, el principio de autotutela entraña la facultad de la Administración Pública de corregirlo, perfeccionarlo e, incluso, revocarlo. La omisión de los elementos y requisitos señalados en las fracciones de la I a la X, del artículo 3° de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, producen la nulidad del acto administrativo, misma que será declarada por el superior jerárquico de la autoridad que lo emita, salvo que provenga del titular de una dependencia, en cuyo caso la nulidad la declarará él mismo.

En la labor de corregir, perfeccionar y, en su caso, revocar, el acto administrativo se inscribe el recurso administrativo que conlleva el ánimo de la Administración de hacerlo sin intervención de otros órganos del poder público y lo identifica como un instrumento de autocontrol de la misma, para mantener su actuación dentro de los límites de la normativa aplicable; lo que no impide considerar al recurso administrativo como un instrumento de defensa del interesado contra los excesos de la Administración Pública cometidos en su perjuicio, por la violación de sus derechos subjetivos.

En los términos del artículo 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, los actos y resoluciones de las autoridades administrativas que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, pueden ser impugnados por los interesados afectados, mediante la interposición del recurso de revisión o, en ciertos casos, por la vía jurisdiccional.

El recurso de revisión previsto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, publicada en el Diario Oficial del 4 de agosto de 1994, substituyó a diversos recursos previstos en diferentes leyes administrativas, que fueron derogados por el artículo segundo de la ley en cita, pero dejó intocados los establecidos en las materias de carácter fiscal, responsabilidades de los servidores públicos, justicia agraria y laboral, así como al Ministerio Público en ejercicio de sus funciones constitucionales.

El artículo 86 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativos previene que el escrito de interposición del recurso de revisión deberá expresar:

· El órgano administrativo a quien se dirige
· El nombre del recurrente y del tercer perjudicado, si lo hubiere
· El lugar que señale para efectos de notificaciones
· El acto que se recurre y fecha en que se le notificó o tuvo conocimiento del mismo
· Los agravios que se le causen
· En su caso, copia de la resolución o acto que se impugna y de la notificación correspondiente
· Tratándose de actos que por no haberse resuelto en tiempo se entiendan negados, deberá acompañarse el escrito de iniciación del procedimiento, o el documento sobre el cual no hubiere recaído resolución alguna

[8] FRAGA, Gabino, Derecho administrativo, 29ª ed., México, Porrúa, 1990., p. 270.

· Las pruebas que ofrezca, que tengan relación inmediata y directa con la resolución o acto impugnado debiendo acompañar las documentales con que cuente, incluidas las que acrediten su personalidad cuando se actúe en nombre de otro o de personas morales.

V. LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN

El más pragmático de los criterios para establecer el carácter administrativo de un contrato es el criterio legal, conforme al cual sólo serán administrativos los contratos que la ley determine como tales; pese a su pragmatismo, el criterio legal es objetable porque podría el legislador llegar a considerar como administrativos contratos estrictamente de Derecho privado celebrados por la Administración pública, sin que por ello adquieran, en rigor, tal carácter.

En nuestra opinión, debe prevalecer el criterio mixto, conforme al cual se pueden considerar contratos administrativos, aquellos en los que una de las partes es una persona de Derecho público, en ejercicio de función administrativa, con observancia de formalidades especiales, y posible contenido de cláusulas exorbitantes del Derecho privado y no contrarias al Derecho público, destinados a la satisfacción de necesidades de carácter general o del interés público, o al logro de la utilidad pública, cuyas controversias que susciten deberán ser de la competencia de órgano jurisdiccional facultado para conocer de asuntos de Derecho administrativo.

La idea del contrato administrativo supone que, por lo menos en ciertos casos, los actos bilaterales en que participa la Administración, son contratos con peculiaridades propias que impiden asimilarlos a los moldes contractuales del Derecho privado.

En este orden de ideas, el eminente profesor venezolano Allan Randolph Brewer Carías observa cómo la Administración pública realiza actos bilaterales que, de acuerdo a su contenido, son de naturaleza contractual; de ellos deriva una relación jurídica de Derecho Administrativo, lo cual evidencia su sometimiento a ciertas normas jurídicas, muchas de las cuales son distintas de las del Derecho Privado. "Estos contratos forman, dentro de los contratos de la administración, la categoría particular de los contratos administrativos"[9].

El contrato administrativo es una forma de crear obligaciones, y sus correlativos derechos, como resultado de una relación bilateral consensual, frecuentemente caracterizada por la situación privilegiada que una de las partes –la Administración pública– guarda respecto de la otra –un particular–, en lo concerniente a las obligaciones pactadas, sin que por tal motivo disminuyan los derechos económicos atribuidos a la otra parte.

A. PRINCIPIOS RECTORES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

La teoría del contrato administrativo y su regulación jurídica descansan en diversos principios; entre ellos destacan los de legalidad, continuidad, mutabilidad, y equilibrio financiero.

[9] BREWER CARÍAS, Allan Randolph, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p 182.

De acuerdo con el principio de legalidad, el contrato administrativo debe sujetarse a un régimen jurídico determinado con precisión. En México, la Ley de Adquisiciones y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, regulan los contratos administrativos relativos a la adquisición y arrendamiento de bienes muebles, obra pública y prestación de servicios de diversa naturaleza, que celebren las unidades administrativas de la Presidencia de la República, las secretarías de Estado, los departamentos administrativos, la Procuraduría General de la República, los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal y fideicomisos públicos de la Administración Pública Federal; así como los que celebren las entidades federativas con cargo total o parcial a fondos federales.

Conforme al principio de continuidad, la ejecución de los contratos administrativos no debe interrumpirse ni retrasarse, a efecto de que puedan alcanzar cabal y oportunamente su finalidad.

De conformidad con el principio de mutabilidad, el contrato administrativo –merced al *ius variandi* de la Administración pública–, dentro de ciertos límites puede ser unilateralmente modificado por ésta, en aras del interés público, y en clara contradicción al principio contractual proveniente del Derecho romano *pacta sunt servanda*, por lo cual se suele considerar al de mutabilidad como el más importante de los principios rectores del contrato administrativo.

De acuerdo con el principio del equilibrio financiero, conocido también como principio de la ecuación financiera, en el contrato administrativo se debe mantener el equilibrio financiero establecido en su celebración, a efecto de que las partes no resulten perjudicadas –o que los perjuicios ocasionados se reduzcan a su mínima expresión–, por una relación que pierde equidad, ya por causas imputables al Estado o a la Administración pública, bien por causas no imputables al Estado, para lo cual se emplean mecanismos diversos como aquellos a que se refieren el llamado "hecho del príncipe", y la teoría de la imprevisión.

B. Elementos del contrato administrativo

Dentro de los elementos del contrato administrativo conviene distinguir entre los esenciales y los no esenciales, entendidos los primero como los indispensables para que exista el contrato, en cambio, la ausencia de los no esenciales no impide que el contrato exista. Entre los elementos esenciales del contrato, se pueden distinguir los básicos y los presupuestos; los primeros son los esenciales en sentido estricto: consentimiento y objeto; en tanto que los elementos presupuestos son aquellos que están implícitos en los básicos, como es el caso de los sujetos, que vienen a ser un elemento esencial presupuesto en el consentimiento, al igual que la causa lo viene a ser en el objeto.

a) El consentimiento

Doctrina, legislación y jurisprudencia se unifican para considerar al consentimiento –acuerdo de voluntades en torno a un fin común– como causa esencial del contrato administrativo, creador de derechos y obligaciones, para cuya existencia se requiere, pues, de la voluntad de los sujetos o partes y de su coincidencia para generar el consentimiento y, con él, el contrato mismo; voluntad que se exterioriza a través de una manifestación realizada en la forma señalada en la norma jurídica aplicable.

En consecuencia, en mi opinión, la forma no es un elemento del contrato, sino un requisito que habrá de satisfacerse tanto respecto al consentimiento y en particular a la manifestación de la voluntad, como a la instrumentación del contrato.

En otro orden de ideas, recordemos la necesidad de preservar la voluntad contra todo vicio que la violente o deforme; el error, el dolo y la violencia son los vicios más señalados en la doctrina, que afectan al consentimiento, respecto de los contratos administrativos.

Cualquier contrato es imposible sin los sujetos o partes que lo celebran, en los contratos administrativos una de las partes habrá de ser un órgano del poder público en cumplimiento de función administrativa; el otro sujeto será un particular. El órgano del poder público podrá ser un órgano administrativo, lo mismo que uno legislativo o uno jurisdiccional, pero siempre en cumplimiento de una función administrativa, y dotado de competencia para la celebración del contrato respectivo. Por tal razón, en opinión de quien esto escribe, la competencia es un requisito que debe satisfacer el órgano público contratante y no un elemento del contrato.

El otro sujeto del contrato administrativo, o sea, el particular, deberá satisfacer el requisito de tener capacidad para contratar, y lo mismo podrá ser una persona física que una persona jurídica; además, puede quedar sujeto a satisfacer requisitos especiales como pudiera ser, por ejemplo, su inscripción en un padrón de proveedores.

b) El objeto

Otro elemento esencial y básico de todo contrato es su objeto, el cual debe ser cierto, posible, lícito y determinado o determinable en cuanto a su especie, y consiste en la creación o transmisión de derechos y obligaciones –objeto directo– o, tratándose del objeto indirecto, en la cosa que el obligado debe dar o en el hecho que debe hacer o no hacer. A diferencia del contrato de derecho privado, la cosa objeto del contrato administrativo puede no estar en el comercio

c) La causa

En el contrato administrativo, se considera a la causa como un elemento esencial, presupuesto o implícito en el objeto; se entiende por causa el móvil o principio impulsor de la voluntad de las partes para su celebración, siendo diferente la causa del órgano público a la de su cocontrante, cuando éste es un particular, en cuyo caso no tiene mayor relevancia; no así la causa del órgano público contratante, cuya importancia es de tal magnitud que si desaparece, el contrato administrativo se extingue, lo cual significa que es la causa impulsora de la voluntad del órgano público, y no la del particular cocontratante, la que configura a este elemento esencial de dicho contrato.

Fuertemente imbricada con la causa, la finalidad o telos del contrato es mencionada, por algunos autores, como uno de sus elementos esenciales, por cierto implícito o presupuesto en el objeto del mismo, habida cuenta que la finalidad explica el por qué de tal objeto.

d) El régimen jurídico especial

Hay quienes ven en el régimen jurídico especial un elemento esencial del contrato administrativo, y señalan que éste es regido por reglas exorbitantes del Derecho privado, de tal suerte que aun cuando determinados privilegios del órgano público contratante no consten expresamente en el contrato, deberán hacerse valer cuando sea necesario, destacando entre ellos su posible modificación y aun su rescisión unilateral, así como su ejecución directa.

Sin poner en duda los referidos privilegios del órgano del poder público en los contratos administrativos que celebre, lo que no admitimos es considerar al régimen jurídico especial que los establece, como elemento esencial de tales contratos, por no ser parte integrante de ellos, sino condición de validez, o sea, requisito indispensable de los mismos, toda vez que deben ser regulados por normas jurídicas exorbitantes del Derecho privado, so pena de no ser contratos administrativos.

e) La licitación

En nuestra opinión, la licitación no es un elemento –y mucho menos esencial– del contrato administrativo, sino que se trata de un requisito procedimental exigible en muchos de tales contratos; si fuese un elemento esencial sería imprescindible en todos ellos, lo cual no ocurre así, entre otras razones por urgencia, por existir un único posible cocontrante, o por las que aduce el citado artículo 134 constitucional, para asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento y demás circunstancias pertinentes.

En consecuencia, la licitación no constituye ni siquiera un elemento no esencial del contrato administrativo, sino un requisito previo a su celebración que se satisface mediante un procedimiento administrativo específico mediante el cual se selecciona –de entre todos los aspirantes cuya idoneidad moral, técnica y financiera quedó previamente comprobada–, al cocontratante que haya presentado la mejor oferta, que no necesariamente la más baja o la más alta.

C. Los contratos administrativos más usuales en el orden jurídico mexicano

En México, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público nombra y regula tres tipos de contratos, con ello los determina como contratos nominados; todos ellos principales, sinalágmáticos, onerosos, conmutativos y formales, a saber: de adquisición de bienes muebles, de arrendamiento –ordinario y financiero– de bienes muebles, y de servicios relativos a bienes muebles; igual ocurre con la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas respecto del contrato de obra pública y el de servicios relacionados con la misma; y con la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica acerca del contrato de suministro de energía eléctrica.

Se trata en todos esos casos de contratos administrativos, tanto por ser siempre la administración pública una de sus partes como por estar regulados por un régimen jurídico de derecho público, que en nuestro país está inserto, principalmente, en el artículo 134 constitucional y en las tres leyes mencionadas, todas ellas de orden público.

Tales contratos son principales, por subsistir por sí mismos y tener fin propio; son sinalagmáticos, por generar obligaciones recíprocas tanto para la Administración pública como para su cocontratante; son a título oneroso, por obtener cada una de las partes sendas prestaciones a cambio de otras que han de realizar, consideradas como equivalentes; son conmutativos, por ser ciertas, desde su celebración, las prestaciones a cargo de las partes; y son formales porque deben constar por escrito y para suscribirlos la Administración pública debe cubrir varias formalidades.

a) Contrato de adquisición de bienes muebles

El de adquisición de bienes muebles, es uno de los más usuales contratos administrativos nominados, mediante el cual la Administración pública se provee de los bienes muebles necesarios para el desempeño de sus actividades.

b) Contrato de arrendamiento de bienes muebles

Regulado en México principalmente por los mismos ordenamientos jurídicos relativos al de adquisición de bienes muebles, el contrato administrativo de arrendamiento de bienes muebles es celebrado por la Administración pública para tener el uso temporal de ciertos equipos –por ejemplo fotocopiadoras–, mediante el pago de una renta; o para adquirir la propiedad de bienes

en el caso del arrendamiento financiero o *leassing*, en el cual la Administración pública, al concluir el plazo forzoso, puede elegir entre varias alternativas, como la de adquirir los bienes arrendados pagando un precio simbólico.

En el contexto de la legislación fiscal y de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, se pude explicar el contrato de arrendamiento financiero de bienes muebles como el que, con sujeción a u régimen exorbitante del derecho ordinario, celebra una dependencia o entidad de la administración pública, en aras del interés público, con el propósito de financiar la utilización de bienes muebles que requiere para el logro de sus fines, mediante el pago de remuneraciones periódicas durante un plazo determinado, sin determinar la traslación de su propiedad, la que eventualmente se podrá realizar al concluir el plazo del contrato, de resolverlo así la administración arrendataria, entre un conjunto de alternativas.

c) Contrato de servicios relativos a bienes muebles

La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público también regula expresamente el contrato de los servicios relativos a bienes muebles, el que versa básicamente sobre los seguros, la maquila, transportación, reconstrucción, reparación, conservación, limpieza y vigilancia de la maquinaria, el equipo, los vehículos y, en general, los bienes muebles propiedad de la administración pública, así como los estudios técnicos relativos a la adquisición de los mismos.

d) Contrato de obra pública

Para muchos, el de obra pública es el contrato administrativo por antonomasia, mediante el cual un sujeto a quien se denomina contratista, se obliga a construir, reconstruir, reformar, reparar, mantener, o demoler un bien inmueble, mediante el pago de un precio que se obliga a pagarle otro sujeto que siempre ser un órgano de la Administración pública.

En la configuración del contrato de obra pública se puede advertir una etapa preliminar que comprende su planeación, programación y presupuestación; una etapa ejecutiva que inicia con la autorización de la obra e incluye, además, la selección del contratista –y en su caso la licitación respectiva–, la adjudicación del contrato, su celebración y firma, la ejecución de la obra, su control y vigilancia, y la recepción de la obra; por último, una etapa final que atañe a la extinción del contrato, a la devolución de garantías, o en su caso a hacerlas efectivas, a la evicción y saneamiento, y a la aplicación de sanciones.

En la legislación federal mexicana, la etapa preliminar de planeación, programación y presupuestación, queda regulada en el capítulo único del título segundo de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas; la parte procedimental del contrato de obra pública se regula en los títulos tercero y cuarto de dicho ordenamiento, en tanto que la parte final se ve normada en los titulos séptimo y octavo de dicha ley.

De acuerdo a la normativa vigente, el contrato de obra pública admite tres modalidades o tipos: sobre la base de precios unitarios, a precio alzado, y el tipo mixto, como lo establece el artículo 45 de la referida ley, al disponer:

Para los efectos de esta Ley, los contratos de obra pública podrán ser de tres tipos:

I. Sobre la base de precios unitarios, en cuyo caso el importe de la remuneración o pago total que deba cubrirse al contratista se hará por unidad de concepto de trabajo terminado;

II. A precio alzado, en cuyo caso el importe de la remuneración o pago total fijo que deba cubrirse al contratista será por los trabajos totalmente terminados y ejecutados en el plazo establecido.

[...]

III. Mixto, cuando contengan una parte de los trabajos sobre la base de precios unitarios y otra, a precio alzado.

e) Contrato de suministro de energía eléctrica

El contrato administrativo de suministro se puede explicar como aquel en que una de las partes es una administración pública en ejercicio de función pública, en virtud del cual una de ellas surte a la otra de un determinado bien o producto, en el momento, cantidad o volumen y calidad que esta última lo requiere, a cambio de una remuneración periódica en dinero, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho ordinario.

En principio, el bien o producto a que se refiere el suministro viene a satisfacer una necesidad del suministrado y, en consecuencia, su entrega se habrá de producir siempre que se presente dicha necesidad, la cual se caracteriza por ser en unos casos periódica o cuando menos repetitiva, y en otros continua, pero siempre duradera; se trata, pues, de una necesidad hasta cierto punto insaciable, que genera en los contratantes un interés permanente de asegurar su satisfacción oportuna; luego entonces, en el contrato de suministro, tanto la necesidad como el interés de satisfacerla y la satisfacción misma son duraderos.

En el contrato administrativo de suministro la administración pública puede desempeñar el papel de cualesquiera de sus partes, suministrador o suministrado, supuestos que dan lugar a dos modalidades diferentes de dicho negocio contractual; desde luego la más usual es aquella en que el suministrador es una entidad de la administración pública, como ocurre en el contrato de suministro de energía eléctrica, previsto en la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, celebrado por particular con cualquiera de los organismos descentralizados de la administración pública federal que prestan servicio público de suministro de energía eléctrica: Luz y Fuerza del Centro y Comisión Federal de Electricidad.

En México, participan en la regulación jurídica del contrato administrativo de suministro de energía eléctrica los artículos 27, 28, 73 y 90 constitucionales; la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley del Servicio Público del Servicio de Energía Eléctrica, la Ley Federal del Procedimiento Administrativo y la Ley Federal de Protección al Consumidor.

VI. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

Para reprimir o castigar a los infractores del orden jurídico, el Estado aplica sanciones de distinto tipo: penales y administrativas, las imposición de las primeras se hace de acuerdo a los principios y normas del Derecho Penal y queda a cargo de la autoridad judicial; en cambio, las segundas son impuestas, de conformidad con los principios y preceptos del Derecho Administrativo, por la autoridad administrativa.

En México, el Derecho Administrativo sancionador encuentra fundamento en el artículo 21 constitucional, que en su parte relativa establece: "Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará éste por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas".

Para el ámbito municipal, el artículo 115 constitucional confiere a los ayuntamientos la facultad de aprobar los bandos o reglamentos de policía y gobierno, de acuerdo con las leyes en materia municipal que deberán expedir las legislaturas de los Estados. En la práctica, el catálogo de sanciones administrativas se amplía, tanto en el ámbito federal como en el local y el municipal, con la incorporación de otras previstas en las leyes correspondientes, como la amonestación, el apercibimiento, la revocación, el decomiso y la clausura; así, en el artículo 2745 del Reglamento Orgánico del Municipio de Guadalajara, publicado en la Gaceta Municipal de 29 de diciembre de 1997, se dispuso:

Para los efectos de lo dispuesto en este Apartado, se entiende por:

I Amonestación: represión o exhortación para que no se reitere un comportamiento que origina una infracción administrativa;

II Apercibimiento: advertencia o conminación que la autoridad hace a determinada persona, de las consecuencias desfavorables que podrá acarrearle la realización de una conducta infractora;

III Arresto administrativo: corta privación de la libertad decretada por la autoridad administrativa, que se realizará en un lugar distinto del destinado al cumplimiento de las penas de privación de libertad, y cuya duración no deberá exceder de 36 horas;

IV. Multa: sanción pecuniaria consistente en el pago al Municipio de una cantidad de dinero, como consecuencia de una conducta infractora; y

V. Revocación: es el procedimiento a través del cual, la autoridad administrativa deja sin efectos de manera definitiva una licencia, permiso o autorización.

VII. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.

Alude la discrecionalidad administrativa a la potestad de la Administración Pública de actuar libre y prudencialmente en el ejercicio de las atribuciones de su competencia, de acuerdo a su arbitrio y buen juicio.

De acuerdo con el principio de legalidad, la Administración Pública sólo puede hacer lo que la normativa jurídica le autoriza, empero, en ciertos casos, la autoridad administrativa puede actuar con libertad en razón de que la norma aplicable le permite hacer una libre apreciación de la oportunidad y conveniencia para la toma de decisiones, o cuando menos para actuar dentro de ciertos límites o elegir entre diversas alternativas; tales circunstancias generan la facultad discrecional, como consecuencia de que la normativa aplicable no determina si debe ejercitarse y, en tal caso, cuándo y como habrá de ejercerse, ni tampoco el sentido en que se ejercite. En opinión de Miguel Acosta Romero:

La facultad discrecional consiste en la facultad que tienen los órganos del Estado para determinar su actuación o abstención y, si deciden actuar, qué límite le darán a su actuación, y cuál será el contenido de la misma; es la libre apreciación que se le da al órgano de la Administración Pública, con vista a la oportunidad, la necesidad, la técnica, la equidad, o razones determinadas, que puede apreciar circunstancialmente en cada caso, todo ello, con los límites consignados en la ley[10].

[10] Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, México, Porrúa, 1997, p 1002.

La facultad discrecional puede ser absoluta, amplia o restringida; en el primer caso, pueden las autoridades actuar sin ninguna cortapisa; a este respecto, la Suprema Corte De Justicia ha establecido:

En nuestro sistema legal, en principio no existe la facultad discrecional absoluta, que permite a las autoridades actuar o tomar decisiones sin tener que dar ninguna explicación de sus actos, pues la jurisprudencia de la Suprema Corte ha establecido que el uso de facultades discrecionales deberá ser razonado adecuadamente, y que ese uso puede ser revisado por los tribunales, en cuanto a los razonamientos que lo apoyan deben invocar correctamente las circunstancias del caso, apreciar debidamente los hechos pertinentes y no violar las reglas de la lógica.

(Segunda Sala. Amparo directo DA-333/70. –Ramón García Manzano–. 30 de marzo de 1971.)

Tratándose de la facultad discrecional amplia, la autoridad puede optar entre ejercitarla o no. Por ejemplo, el artículo 33 constitucional confiere al Ejecutivo de la Unión la facultad exclusiva de hace abandonar el territorio nacional a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

En cambio, la facultad discrecional restringida obliga al órgano depositario de la misma a ejercerla, pero le confiere cierto margen de libertad para determinar su sentido o alcance, dentro de los límites predeterminados en la norma aplicable. Por ejemplo, para nombrar a los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Presidente de la República, obligadamente. debe someter una terna a consideración del Senado; mas para la integración de la terna el Presidente no tiene mas restricción que los requisitos a cubrir por quienes figuren en ella.

Desde luego, la discrecionalidad administrativa no es sinónimo de arbitrariedad administrativa, aun cuando el abuso del ejercicio de la facultad discrecional se convierta en arbitrariedad que implique desvío de poder, apartado del interés público implícito en la finalidad de todo acto administrativo. Al respecto, se transcribe la siguiente resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

El ejercicio de la facultad discrecional está subordinado a la regla del artículo 16 de la Constitución federal, en cuanto este precepto impone a las autoridades la obligación de fundar y motivar los actos que puedan traducirse en molestias a la posesión y derechos de los particulares. Aunque dicho ejercicio implica un juicio subjetivo del autor del acto que no puede ni debe sustituirse por el criterio del juez, sí está sujeto al control de este último, por lo menos cuando el juicio subjetivo no es racional, sino arbitrario y caprichoso, y cuando es enteramente injusto o contrario a la equidad; y puede añadirse que dicho control es procedente cuando en el aludido juicio no se hayan tomado en cuenta las circunstancias de hecho, o sean alteradas injustificadamente, así como en los casos en que el razonamiento sea ilógico o contrario a los presupuestos generales del Derecho.

(Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, tercera parte, vol. IV, A. R. 6489/55.)

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no emplea la locución discrecionalidad administrativa, ni tampoco la de facultades discrecionales lo que no impide que otorgue a la administración pública diversas facultades que la doctrina identifica como discrecionales, como la prevista en su artículo 21, de imponer sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía.

El ejercicio de facultades discrecionales no exime a la Administración Pública de respetar las garantías y derechos de los particulares y, en consecuencia, queda subordinado a la observancia de los principios de legalidad y seguridad jurídica contenidos en el artículo 16 constitucional, y,

de no ser así, sujeto al control judicial, como determinó la Suprema Corte de Justicia en la resolución que a continuación se transcribe:

Puede controlarse en el amparo el uso de las facultades discrecionales cuando las mismas se ejecutan en forma arbitraria y caprichosa, cuando la decisión de la autoridad no invoca circunstancias de hecho, o cuando el razonamiento en que la resolución se apoya sea ilógico.

(Segunda Sala. Amparo en revisión 5848/60, Daniel Gragoso Chapa, 23 dew noviembre de 1960, Vol XLI, tercera parte.)

VIII. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y OTROS MODOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, EN ESPECIAL LOS ARBITRAJES.

Entre los actos más importantes del poder público figuran los relacionados con el tesoro público, de ahí la importancia de garantizar a los contribuyentes, que aportan una porción de sus riquezas para el sostenimiento del Estado, la seguridad de que el producto de sus contribuciones se emplea en los propósitos autorizados legalmente.

Uno de los peligros permanentes en todo Estado es la posible corrupción de sus agentes; el propósito de prevenirla y evitarla, demanda su control, mediante el desempeño de una actividad dirigida a vigilar, verificar, comprobar y evaluar las actividades de los órganos, dependencias y servidores públicos a cuyo cargo está el manejo de los fondos, valores, recursos, bienes y derechos del propio Estado.

En México el control y vigilancia de la administración pública se da desde fuera y desde dentro de la misma; en el primer caso, por medio de los órganos jurisdiccionales, del órgano legislativo, del órgano de fiscalización superior, que en el ámbito federal es la Auditoría Superior de la Federación, y del *ombudsman*; desde dentro, la administración pública federal ejerce la función de fiscalización a través de la Secretaría de la Función Pública, de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de las contralorías internas de cada una de sus dependencias y entidades, así como por medio del recurso administrativo. Situación parecida ocurre en la administración pública del Distrito Federal y en las de los Estados.

En el control externo de la administración pública encontramos la presencia de dos sujetos: el sujeto activo o controlador y el sujeto pasivo que es la administración pública controlada. En el orden jurídico mexicano, son sujetos activos del control externo: los órganos jurisdiccionales, el órgano legislativo, el órgano de fiscalización superior y el *ombudsman.*

Ciertos órganos jurisdiccionales fungen como sujetos activos del control externo de la administración pública, caracterizados: *i*– por ser independientes de la administración pública; *ii*– porque su control versa sobre la posible inconstitucionalidad o ilegalidad del acto impugnado de la administración pública; *iii.* porque actúan en razón de una acción procesal ejercida por un demandante que lo mismo puede ser una autoridad o un administrado, y *iv*– porque sus resoluciones pueden anular o dejar insubsistente el acto administrativo viciado.

El control externo de la administración pública por medio de los órganos jurisdiccionales puede ser de dos tipos: el control de constitucionalidad y el control de legalidad, que admiten diversas modalidades, como son la controversia constitucional, el amparo administrativo, y el contencioso administrativo.

Se puede explicar la controversia constitucional como la contienda jurídica suscitada entre órdenes normativos diferentes o entre distintos órganos depositarios de las funciones del poder público; el artículo 105 constitucional confiere competencia a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer de controversias constitucionales, salvo las relativas a la materia electoral, en once supuestos específicos previstos en la fracción II de dicho numeral, como son los que se den entre:

· La Federación y un Estado o el distrito Federal;
· La Federación y un Municipio
· El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;
· Un Estado y otro
· El Distrito Federal y un Municipio
· Dos municipios de diversos Estados
· Dos poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales
· Un estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales
· Un Estado y un municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales
· Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Toda resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que declaré inválida una disposición general de los Estados o de los Municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, o entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión o de sus Cámaras o Comisión Permanente; o entre dos poderes de un mismo Estado; o entre dos órganos de gobierno del Distrito Federal, tendrá efectos *erga omnes*, a condición de que sea aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos. En los casos restantes, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sólo surtirán efectos respecto de las partes en la controversia.

De esta suerte, el máximo órgano jurisdiccional del país puede ejercer control externo sobre la administración pública federal, a instancias de los órganos legislativos federales: Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, Cámara de Senadores y Comisión Permanente; o de un Estado, del Distrito Federal o de un municipio, respecto de la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

En México, el juicio de amparo constituye la última instancia de impugnación de los procedimientos administrativos y contencioso administrativos, por actos realizados en violación de los derechos de una persona por la administración pública; cuando la sentencia que pone fin al mismo concede el amparo, y el acto reclamado es de carácter positivo, deberán volver las cosas al estado que guardaban antes de la realización del acto; y cuando el acto reclamado sea de carácter negativo, o sea, que se trate de una omisión, el efecto del amparo, como señala el artículo 80 de la Ley de Amparo, será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija. En ambos casos la protección sólo beneficia al quejoso, o sea a la parte actora en el juicio de amparo, pues no tiene efectos *erga omnes*[11].

[11] *Vid.* Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo*, 32ª ed., México, Porrúa, 1995, p. 184.

Siempre que los actos o las resoluciones administrativas no sean impugnables ante tribunal administrativo, podrán combatirse en la vía de amparo, ante Juzgado de Distrito, a condición de agotar ante la propia administración los recursos administrativos oponibles, de conformidad con el principio de definitividad Ley de Amparo, artículo 73 "El juicio de amparo es improcedente: (...) XV (...)] Empero, dicho precepto previene que:

No existe obligación de agotar tales recursos o medios de defensa, si el acto reclamado carece de fundamentación.

Alude el contencioso administrativo tanto a la jurisdicción atribuida a determinados órganos estatales para conocer de las controversias jurídicas suscitadas por la aplicación y ejecución de la normativa administrativa, como al proceso que da curso a esas controversias.

Lo Contencioso administrativo conlleva, pues, la idea de controversia derivada de la actividad de la administración pública puesta en juicio ante un órgano jurisdiccional en virtud de la pretensión de su contraparte, habida cuenta que la administración goza de la prerrogativa que le permite hacerse justicia a sí misma, a condición de actuar de acuerdo a los lineamientos del procedimiento administrativo preestablecido, lo que se traduce en una actuación legítima.

En México, el contencioso administrativo está presente cuando menos desde la época colonial, a través de las audiencias y chancillerías reales, cuyas facultades incluían las de controlar los actos administrativos de los virreyes y gobernadores.

Juan de Solórzano y Pereyra, en el capítulo tercero del libro quinto de su Política Indiana (1776) relata cómo, al pacificarse y poblarse de españoles los lugares conquistados, se empezaron a dar entre ellos muchos pleitos y contiendas, por lo que fue forzoso permitirles abogados y procuradores que los guiasen y ayudasen en ellos, así como erigir en cada provincia Audiencias y Chancillerías Reales adonde las partes pudieran recurrir en apelación de las sentencias y agravios que les hubiesen hecho los alcaldes ordinarios o corregidores, a imitación de las de España, a las que se equiparaban en potestad y autoridad[12].

Ya en el México independiente, la Ley Quinta de la Constitución Centralista de 1836, en la fracción VI de su artículo 12 incluyó entra las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, la de conocer de las disputas judiciales que se muevan sobre contratas o negociaciones celebradas por el Supremo Gobierno.

Mas, la sistematización del contencioso administrativo en México tiene lugar a mediados del siglo XIX a promoción del jurista aguascalentense Teodosio Lares, a la sazón senador de la República, quien en sus catorce Lecciones de derecho administrativo[13], dictadas en el Ateneo Mexicano en 1851 y publicadas el año siguiente, diseñó un modelo de tribunal contencioso administrativo que después, durante la dictadura santanista, trataría de establecer en la práctica, mediante la Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo, expedida en 25 de mayo de 1853 por el general Antonio López de Santa-Anna, en su carácter formal de Presidente de México, con el refrendo de su ministro de justicia, Teodosio Lares.

En las lecciones octava y novena continúa el análisis de la de la administración contenciosa, en la novena, con fundamento en la separación de los poderes ejecutivo y judicial, el jurista hidrocálido postulaba la necesidad de una jurisdicción administrativa que conociera y decidiera de lo contencioso administrativo, para lo cual recurría al argumento usado por la incipiente doctrina francesa de que juzgar a la administración era administrar.

[12] Solórzano y Pereyra, Juan, *Política indiana*, Madrid, Imprenta Real de la Gazeta, 1776, t. II, p. 273.

[13] Lares, Teodosio, *Lecciones de derecho administrativo*, México, Imprenta de Ignacio Cumplido, 1852.

La lección décima la ocupa nuestro personaje para justificar la separación de los poderes administrativo y judicial, en tanto que en las lecciones undécima y duodécima las dedica al estudio de las atribuciones del poder judicial; pasando, en la lección trece, al estudio del poder administrativo, reservando la última lección, o sea, la decimacuarta al examen de la jurisdicción administrativa, tanto graciosa como contenciosa, de su naturaleza, sus grados y la forma con que deben proceder los tribunales administrativos. Las ideas del eminente jurista de Aguascalientes, expuestas en estas lecciones, se reflejaron posteriormente en el texto de la llamada Ley Lares.

La Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo, de 25 de mayo de 1853, estaba inspirada en la doctrina y legislación francesas, la Ley Lares fue un intento frustráneo de sustituir el sistema judicialista adoptado por la Constitución de 1824, que encomendaba a los tribunales ordinarios la resolución de las controversias suscitadas entre los particulares y la administración, por el modelo francés; este ordenamiento jurídico, que no llegó a tener eficacia, se integró con sólo catorce artículos, el primero de los cuales excluyó a la autoridad judicial del conocimiento de las cuestiones administrativas, las que, en los términos de su artículo 2°, eran, principalmente, las relativas a:

- Las obras públicas
- Los contratos celebrados por la Administración
- Las rentas nacionales
- Los actos administrativos que tuvieran por objeto el interés general de la sociedad

De conformidad con el artículo 3 de la Ley de referencia, el conocimiento de las controversias suscitadas por la actuación de la administración pública no se encargaba a un organismo autónomo con jurisdicción y decisiones propias sino que era la misma administración activa la que conocía de tales cuestiones, toda vez que disponía que los ministros de Estado, el Consejo, los Gobernadores de los Estados conocieran de las cuestiones administrativas, en la forma y de la manera que se previniera en el Reglamento, según el cual, las reclamaciones de los particulares contra la administración pública debían ser presentadas ante el ministerio a cuyo ramo perteneciera la materia sobre la que versara la reclamación, o que hubiera dictado la medida administrativa reclamada; o bien, en su caso, ante el gobernador del Estado respectivo.

En su artículo 4, la ley en comentario dispuso la existencia, en el Consejo de Estado, de una sección compuesta de cinco abogados nombrados por el presidente de la República, para conocer de lo contencioso administrativo.

Además, la ley en análisis prohibió a los tribunales judiciales despachar mandamientos de ejecución o dictar providencia de embargo en contra de los caudales del erario o bienes nacionales, ni contra los fondos o bienes de los Estados y ayuntamientos, ni contra los establecimientos públicos dependientes de la administración; asimismo les prohibió proceder contra los agentes de la administración, por crímenes o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin la previa consignación de la autoridad administrativa.

La Ley de Justicia Fiscal de 27 de agosto de 1936 retomó la idea de Teodosio Lares de un ente jurisdiccional, cuyos fallos se emitían a nombre del Ejecutivo federal, formalmente inserto en el área de la administración pública, para dirimir las controversias surgidas entre ésta y los gobernados, en materia tributaria federal; se trataba, pues, de un órgano de jurisdicción delegada, según se desprende del artículo 1° de dicho ordenamiento que disponía: "Se crea el Tribunal Fiscal de la Federación, con las facultades que esta ley le otorga. El Tribunal Fiscal dictará sus fallos en representación del Ejecutivo de la Unión, pero será independiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de cualquiera autoridad administrativa".

La creación del Tribunal Fiscal de la Federación generó una fuerte discusión acerca de su constitucionalidad, que cesó cuando, indirectamente, dicho Tribunal adquirió rango constitucional merced a la reforma de la fracción I del artículo 104 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 30 de diciembre de 1946, cuyo segundo párrafo dispuso: "En los juicios en los que la Federación está interesada, las leyes podrán establecer recursos ante la Suprema Corte de Justicia contra las sentencias de segunda instancia o contra las de tribunales administrativos creados por ley federal, siempre que dichos tribunales estén dotados de plena autonomía para dictar sus fallos".

Otra reforma a la fracción I del artículo 104 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 25 de octubre de 1967, introdujo el texto siguiente a efecto de conferir plena autonomía, al Tribunal de referencia, para emitir sus fallos: "Las leyes federales podrán instituir tribunales de lo contencioso-administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal o del Distrito Federal y los particulares, estableciendo las normas de su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones".

Una nueva reforma constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 10 de agosto de 1987, transfirió el precepto anterior a la fracción XXIX-H del artículo 73 de nuestra Ley fundamental, a efecto de que el Congreso tuviera facultad: "Para expedir leyes que establezcan tribunales de lo contencioso administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, y que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones".

Actualmente, en los términos de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 15 de diciembre de 1995, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa es un tribunal administrativo, dotado de plena autonomía para dictar sus fallos; se integra por una Sala Superior y por las Salas Regionales, cuyos magistrados son nombrados por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado o, e sus recesos, por la Comisión Permanente.

De acuerdo con su Ley Orgánica, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa es competente para conocer de los juicios que se promuevan contra las siguientes resoluciones definitivas:

· Las dictadas por autoridades fiscales federales y organismos fiscales autónomos, en que se determine la existencia de una obligación fiscal, se fije en cantidad líquida o se den las bases para su liquidación.

· Las que nieguen la devolución de un ingreso, de los regulados por el Código Fiscal de la Federación, indebidamente percibido por el Estado o cuya devolución proceda de conformidad con las leyes fiscales.

· Las que impongan multas por infracción a las normas administrativas federales.

· Las que causen un agravio en materia fiscal distinto al que se refieren las fracciones anteriores.

· Las que nieguen o reduzcan las pensiones y demás prestaciones sociales que concedan las leyes en favor de los miembros del Ejército, de la Fuerza Aérea y de la Armada Nacional o de sus familiares o derechohabientes con cargo a la Dirección de Pensiones Militares o al Erario Federal, así como las que establezcan obligaciones a cargo de las mismas personas, de acuerdo con las leyes que otorgan dichas prestaciones.

· Cuando el interesado afirme, para fundar su demanda que le corresponde un mayor número de años de servicio que los reconocidos por la autoridad respectiva, que debió ser retirado con grado superior al que consigne la resolución impugnada o que su situación militar sea diversa de la que le fue reconocida por la Secretaría de la Defensa Nacional o de Marina, según el caso; o cuando se versen cuestiones de jerarquía, antigüedad en el grado o tiempo de servicios militares, las sentencias del Tribunal Fiscal sólo tendrán efectos en cuanto a la determinación de la cuantía de la prestación pecuniaria que a los propios militares corresponda, o a las bases para su depuración.

· Las que se dicten en materia de pensiones civiles, sea con cargo al Erario Federal o al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

· Las que se dicten sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras publicas celebrados por las dependencias de la Administración Pública Federal Centralizada.

· Las que constituyan créditos por responsabilidades contra servidores públicos de la Federación, del Distrito Federal o de los organismos descentralizados federales o del propio Distrito Federal, así como en contra de los particulares involucrados en dichas responsabilidades.

· Las que requieran el pago de garantías a favor de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, así como sus organismos descentralizados.

· Las que se dicten negando a los particulares la indemnización a que se contrae el artículo 77 Bis de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. El particular podrá optar por esta vía o acudir ante la instancia judicial competente.

· Las que traten las materias señaladas en el artículo 94 de la Ley de Comercio Exterior.

· Las que impongan sanciones administrativas a los servidores públicos en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

· Las dictadas por las autoridades administrativas que pongan fin a un procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, en los términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

· Las que decidan los recursos administrativos en contra de las resoluciones que se indican en las demás fracciones de este artículo.

· Las señaladas en las demás leyes como competencia del Tribunal.

Para los efectos de la competencia del Tribunal federal de Justicia Fiscal y Administrativa, las resoluciones se considerarán definitivas cuando no admitan recurso administrativo o cuando la interposición de éste sea optativa.

El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa conocerá de los juicios que promuevan las autoridades para que sean anuladas las resoluciones administrativas favorables a un particular, siempre que dichas resoluciones sean de las materias señaladas en los párrafos anteriores como de su competencia.

Asimismo, conocerá de los juicios que se promuevan contra una resolución negativa ficta configurada, en las materias señaladas en este artículo, por el transcurso del plazo que señalen las disposiciones aplicables o, en su defecto, por la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. De igual manera, conocerá de los juicios que se promuevan en contra de la negativa de la autoridad a expedir la constancia de haberse configurado la resolución positiva ficta, cuando ésta se encuentre prevista por la ley que rija a dichas materias.

No será aplicable lo establecido en el párrafo anterior en todos aquellos casos en los que se pudiere afectar el derecho de un tercero, reconocido en un registro o anotación ante autoridad administrativa.

En lo concerniente a los Estados de la República, a partir de la reforma al artículo 116 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 17 de marzo de 1987, primero en su fracción IV y actualmente en la V: "Las constituciones y leyes de los Estados podrán instituir tribunales de lo contencioso administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública estatal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones".

A este respecto, cabe señalar que un tercio de los Estados de la República carecen de tribunales específicos de lo contencioso administrativo; y de los restantes unos contemplan tribunales insertos en el Poder Judicial del Estado.

En lo tocante al Distrito Federal, en virtud de la reforma al artículo 122 constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación de 25 de octubre de 1993, se otorgó a la Asamblea de Representantes del Distrito –y en la actualidad, a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal– facultad para expedir la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, de acuerdo a su Ley Orgánica publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 21 de diciembre de 1995, es un tribunal administrativo, dotado de plena jurisdicción y autonomía para dictar sus fallos e independiente de las autoridades administrativas; está compuesto de una Sala Superior integrada por siete magistrados, y por tres Salas Ordinarias de tres magistrados cada una, de las cuales una tendrá como competencia exclusiva la materia de uso de suelo. Además, cuando a juicio de la Sala Superior, las necesidades del servicio lo requieran, se formarán Salas Auxiliares integradas por tres Magistrados cada una. La Sala Superior determinará la sede de las Salas Ordinaria y de las Auxiliares.

Actualmente, a escala planetaria, coexisten básicamente dos esquemas distintos para el desempeño de la tarea de juzgar a la administración: el monista y el esquema dual francés. Mas, al margen de la eventual fusión de los modelos existentes para juzgar a la administración, lo más importante es que todo sistema de justicia administrativa garantice un juicio justo ante un juzgador imparcial e independiente.

En su fracción IV, el artículo 74 constitucional confiere a la Cámara de Diputados dos facultades exclusivas, consistentes, la primera, en aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación, que conlleva el control presupuestal de la administración pública federal; y la segunda, en la revisión de la Cuenta Pública, que entraña el control del gasto, a efecto de comprobar si la administración pública se ajustó a los montos y criterios señalados en el presupuesto y al cumplimiento de los objetivos contenidos en los programas respectivos.

El artículo 79 constitucional define a la entidad de fiscalización superior de la Federación, como una dependencia de la Cámara de Diputados, aunque con autonomía técnica y de gestión, encargada de fiscalizar los ingresos y egresos; el manejo, la custodia y la aplicación de fondos y recursos de los Poderes de la Unión y, por tanto, de la administración pública federal.

En lo que atañe a la fiscalización que debe realizarse desde el ámbito exterior de las instituciones públicas, en nuestro país, los artículos 73, 74 y 79 constitucionales prevén la existencia de una entidad de fiscalización superior que, con autonomía técnica y de gestión, se encargue de fiscalizar en forma posterior el manejo, la custodia y la aplicación de fondos y recursos de los Poderes de la Unión y de los entes públicos federales, así como de la fiscalización de los recursos federales que ejerzan las entidades federativas, los municipios y los particulares; dicha enti-

dad de fiscalización superior, según establece la fracción III del artículo 2° de la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, es la Auditoría Superior de la Federación.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 constitucional, la Auditoría Superior de la Federación tiene autonomía técnica y de gestión en el ejercicio de sus atribuciones y para decidir sobre su organización interna, funcionamiento y resoluciones, en los términos que disponga la ley, y entre sus atribuciones figuran las de:

· Fiscalizar en forma posterior los ingresos y egresos; el manejo, la custodia y la aplicación de fondos y recursos de los Poderes de la Unión y de los entes públicos federales, a través de los informes que se rendirán en los términos que disponga la ley; y de fiscalizar los recursos federales que ejerzan las entidades federativas, los municipios y los particulares.

· Entregar el informe del resultado de la revisión de la Cuenta Pública a la Cámara de Diputados a más tardar el 31 de marzo del año siguiente al de su presentación.

· Investigar los actos u omisiones que impliquen alguna irregularidad o conducta ilícita en el ingreso, egreso, manejo, custodia y aplicación de fondos y recursos federales, y efectuar visitas domiciliarias, únicamente para exigir la exhibición de libros, papeles o archivos indispensables para la realización de sus investigaciones, sujetándose a las leyes y a las formalidades establecidas para sus cateos.

· Determinar los daños y perjuicios que afecten a la Hacienda Pública Federal o al patrimonio de los entes públicos federales y fincar directamente a los responsables las indemnizaciones y sanciones pecuniarias correspondientes, así como promover ante las autoridades competentes el fincamiento de otras responsabilidades; promover las acciones de responsabilidad a que se refiere el Título Cuarto de esta Constitución, y presentar las denuncias y querellas penales, en cuyos procedimientos tendrá la intervención que señale la ley.

Según establece el artículo 14 de la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, el propósito de la revisión y fiscalización superior de la Cuenta Pública consiste en determinar:

· Si los programas y su ejecución se ajustan a los términos y montos aprobados.

· Si las cantidades correspondientes a los ingresos o a los egresos, se ajustan o corresponden a los conceptos y a las partidas respectivas.

· El desempeño, eficiencia, eficacia y economía, en el cumplimiento de los programas con base en los indicadores aprobados en el presupuesto.

· Si los recursos provenientes de financiamiento se obtuvieron en los términos autorizados y se aplicaron con la periodicidad y forma establecidas por las leyes y demás disposiciones aplicables, y si se cumplieron los compromisos adquiridos en los actos respectivos.

· El resultado de la gestión financiera de los Poderes de la Unión y los entes públicos federales, con posterioridad a la conclusión de los procesos correspondientes.

· Si en la gestión financiera se cumple con las leyes, decretos, reglamentos y demás disposiciones aplicables en materia de sistemas de registro y contabilidad gubernamental; contratación de servicios, obra pública, adquisiciones, arrendamientos, conservación, uso, destino, afectación, enajenación y baja de bienes muebles e inmuebles; almacenes y demás activos y recursos materiales.

· Si la recaudación, administración, manejo y aplicación de los recursos federales, y si los actos, contratos, convenios, concesiones u operaciones que las entidades fiscalizadas celebren o realicen, se ajustan a la legalidad, y si no han causado daños o perjuicios en contra del Estado en su Hacienda Pública Federal o al patrimonio de los entes públicos federales.

· Las responsabilidades a que haya lugar.

· La imposición de las sanciones resarcitorias correspondientes en los términos de ley.

La "Procuraduría de Pobres" representa el primer antecedente histórico del *ombudsman* en México; fue creada en San Luis Potosí por Decreto número 18 del Congreso local, del 5 de marzo de 1847, publicado en el número 74 del periódico potosino *La Época,* del 11 de marzo de 1847.

En la actualidad, la institución del *ombudsman* se ha establecido en México, de acuerdo a un esquema federal estructurado en dos ámbitos: el de las entidades federativas, y el ámbito nacional; juntos integran el sistema nacional de *ombusman* para protección de los derechos humanos.

En el referido sistema encontramos dos instancias: la primera a cargo de los organismos públicos creados por el Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados en cada una de las entidades federativas, para la protección de los derechos humanos. Tales organismos locales conocen de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa, cometidos por cualquier autoridad o servidor público local, salvo que se trate de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

La segunda instancia está a cargo de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la cual conoce de inconformidades que se presentan respecto de las recomendaciones, de los acuerdos y de las omisiones de los organismos que tienen a su cargo la primera instancia, por medio de dos recursos distintos: el recurso de queja y el de impugnación.

Tratándose de quejas presentadas contra actos u omisiones de naturaleza administrativa, cometidos por autoridad o servidor público federal, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, existe una única instancia, la cual está a cargo de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Las quejas presentadas al *ombudsman* nacional o local no afectan el ejercicio de otros medios de defensa que pueda tener el interesado, ni interrumpen o suspenden los plazos preclusivos.

Tanto los organismos públicos locales de protección de derechos humanos como la Comisión Nacional mencionada, emiten recomendaciones públicas autónomas *no vinculatorias,* que obtienen divulgación en los medios masivos de comunicación, se dictan por los titulares de cada comisión u organismo equivalente, sin recibir instrucciones ni consignas de nadie; y no tienen carácter obligatorio, o sea, las autoridades o servidores públicos a quienes se dirigen, no tienen la obligación legal de cumplirlas.

El presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos viene a ser el *ombudsman* nacional, por tener, como ya se dijo, competencia en todo el territorio del país, para conocer de presuntas violaciones de derechos humanos imputadas a los servidores públicos federales, con excepción de los del Poder Judicial Federal.

Entres las atribuciones principales de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, relacionadas con el control de la administración pública, figuran las de:

· Recibir quejas por presuntas violaciones a derechos humanos, sin que las mismas afecten el ejercicio de otros derechos o medios de defensa que puedan corresponder a los afectados, ni suspender o interrumpir plazos preclusivos.

· Conocer e investigar presuntas violaciones de derechos humanos por: i) actos u omisiones administrativas de carácter federal; ii) ilícitos cometidos por particulares con la anuencia o tolerancia de algún servidor público o autoridad, o cuando estos últimos se nieguen infundamente a ejercer las funciones que legalmente les correspondan en relación con tales ilícitos.

· Formular recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias.

· Conocer y decidir sobre los recursos interpuestos contra las recomendaciones y acuerdos emitidos por los organismos públicos de protección de derechos humanos de las diversas enti-

dades federativas, o contra las omisiones o la inactividad de dichos organismos, o por insuficiencia en el cumplimiento de las recomendaciones de los mismos.

· Supervisar el respeto a los derechos humanos en el sistema penitenciario y de readaptación social del país.

Ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el procedimiento será sencillo y breve, de acuerdo con los principios de inmediatez, concentración y rapidez.

Para el control interno de la administración pública se utiliza el recurso administrativo, al que nos referimos en páginas anteriores, y la realización de diversas acciones desarrolladas, en el ámbito federal, principalmente por medio de la Secretaría de la Función Pública, de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de la Contraloría de cada una de sus dependencias y entidades.

Entre las atribuciones de fiscalización y control conferidas a la Secretaría de la Función Pública, sobresalen las siguientes:

· Inspeccionar el ejercicio del gasto público federal y su congruencia con los presupuestos de egresos;

· Vigilar el cumplimiento de las normas de control y fiscalización por parte de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal;

· Realizar las auditorías que se refieran a las dependencias y entidades en sustitución o apoyo de sus propios órganos de control;

· Vigilar el cumplimiento, por parte de las dependencias y entidades de la administración pública federal, de las disposiciones en materia de planeación presupuestación, ingresos, financiamiento, inversión, deuda, patrimonio, fondos y valores;

· Realizar auditorías y evaluaciones a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, con el objeto de promover la eficiencia en su gestión y propiciar el cumplimiento de los objetivos contenidos en sus programas;

· Inspeccionar y vigilar, directamente o a través de los órganos de control, que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal cumplan con las normas y disposiciones en materia de: sistemas de registro y contabilidad, contratación y remuneraciones de personal, contratación de adquisiciones, arrendamientos, servicios, y ejecución de obra pública, conservación, uso, destino, afectación, enajenación y baja de bienes muebles e inmuebles, almacenes y demás activos y recursos materiales de la Administración Pública Federal;

· Designar a los auditores externos de las entidades, así como a los delegados de la propia Secretaría ante las dependencias y órganos desconcentrados de la Administración Pública Federal centralizada, y comisarios en los órganos de gobierno o vigilancia de las entidades de la Administración Pública Paraestatal;

· Designar y remover a los titulares de los órganos internos de control de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, así como a los de las áreas de auditoría, quejas y responsabilidades de tales órganos;

· Recibir y registrar las declaraciones patrimoniales que deban presentar los servidores públicos de la Administración Pública Federal, y verificar su contenido.

A través de sus subsecretarías, de la Procuraduría Fiscal de la Federación y de la Tesorería de la Federación, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público fiscaliza y controla a las dependencias y entidades de la administración pública federal, en ejercicio de facultades expresas que le confieren la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, otros ordenamientos legales y el Decreto que aprueba el Presupuesto Anual de Egresos de la Federación.

En el ámbito interno de cada dependencia y entidad de la administración pública federal, el control y fiscalización es ejercido por su Contraloría Interna, cuyo titular, al igual que los de sus áreas de auditoría, quejas y responsabilidades, son designados por la Secretaría de la Función Pública, de la que dependen jerárquica y funcionalmente, a partir de la reforma del artículo 37 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 24 de diciembre de 1996.

Otro medio para resolución de controversias en que la Administración Pública es parte es el arbitraje, que de esta suerte incide en su control, y representa una heterocompositiva de solución del litigio, toda vez que es dictada por un tercero imparcial, generalmente como consecuencia de cláusula compromisoria o de compromiso arbitral.

Tanto la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, como la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas –ambas en el segundo párrafo de su respectivo artículo 15–prevén la posibilidad de recurrir al arbitraje para la solución de controversias suscitadas con motivo de la interpretación o aplicación de dichas leyes que incluyen idéntica disposición del tenor siguiente:

Sólo podrá convenirse compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que determine la Contraloría mediante reglas de carácter general, previa opinión de la Secretaría y de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial; ya sea en cláusula compromisoria incluida en el contrato o en convenio independiente.

IX. OTRAS TÉCNICAS DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN.

El control de la administración pública, por parte de los órganos legislativos está previsto principalmente en los artículos constitucionales 73, fracción XXIV; 74, fracciones IV y V; 76, fracción VII; 79 y 93; así, el primero de los artículos señalados otorga facultad al Congreso de la Unión para expedir la ley que regule la organización de la entidad de fiscalización superior de la federación, a la que el legislador ordinario ha denominado Auditoría Superior de la Federación.

El artículo 74 constitucional, en su fracción IV, confiere a la Cámara de Diputados dos facultades exclusivas, consistentes, la primera, en aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación, que conlleva el control presupuestal de la Administración Pública federal; y la segunda, en la revisión de la Cuenta Pública, que entraña el control del gasto público, a efecto de comprobar si se ajustó a los montos y criterios señalados en el presupuesto y al cumplimiento de los objetivos contenidos en los programas respectivos.

Por su parte, la fracción V del artículo 73 constitucional otorga a la Cámara de Diputados la facultad exclusiva de conocer de las imputaciones que se hagan a los ocupantes de los altos cargos de la administración pública federal: secretarios de despacho, jefes de departamento administrativo y directores generales, o sus equivalentes, de organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos, y fungir como órgano de acusación en los juicios políticos que contra ellos se instauren, facultad que, obviamente, está destinada a controlar la actuación de dichos funcionarios de la administración pública.

Otro tanto puede decirse de la fracción VII del artículo 76 constitucional, que confiere al Senado la facultad exclusiva de erigirse en jurado de sentencia para conocer en juicio político de

las faltas u omisiones que cometan los servidores públicos de la administración pública federal, mencionados en el párrafo anterior, y que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales y de su buen despacho.

El artículo 79 constitucional define a la entidad de fiscalización superior de la Federación, como una dependencia de la Cámara de Diputados, aunque con autonomía técnica y de gestión, encargada de fiscalizar los ingresos y egresos; el manejo, la custodia y la aplicación de fondos y recursos de los Poderes de la Unión y, por tanto, de la administración pública federal.

El artículo 93 constitucional establece a cargo de los órganos legislativos tres medidas de control respecto de las dependencias y entidades de la administración pública federal, a saber: la obligación de los secretarios del despacho y de los jefes de los departamentos administrativos, de dar cuenta al Congreso, luego que esté abierto el periodo de sesiones ordinarias, del estado que guarden sus respectivos ramos; la posibilidad de que cualquiera de las Cámaras legislativas cite a dichos funcionarios, y a los titulares de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal mayoritaria, para que informen cuando se discuta una ley o se estudie un negocio relativo a sus respectivos ramos; y la facultad de las Cámaras para integrar comisiones para investigar el funcionamiento de las mencionadas entidades paraestatales.

Los antecedentes de la primera de las referidas medidas de control establecidas en el artículo 93 constitucional, se remontan a la Constitución de 1824, que dispuso: "Los secretarios del despacho darán a cada cámara, luego que estén abiertas sus sesiones anuales, cuenta del estado de su respectivo ramo".

La primera y segunda medidas de control contempladas en el artículo 93 constitucional se limitaban, en el texto original, a los secretarios de Estado, pero mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 31 de enero de 1974, se amplió a los jefes de los departamentos administrativos y, en el caso de la segunda de dichas medidas se incluyó también a los titulares de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal.

El 6 de diciembre de 1977 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la adición del tercer párrafo al artículo 93 constitucional, del tenor siguiente: "Las Cámaras, a pedido de una cuarta parte de sus miembros, tratándose de los diputados, y de la mitad, si se trata de los senadores, tienen la facultad de integrar comisiones para investigar el funcionamiento de dichos organismos descentralizados y empresas de participación estatal mayoritaria. Los resultados de las investigaciones se harán del conocimiento del Ejecutivo Federal".

Como se advierte fácilmente, las referidas facultades de control de la administración pública atribuidas por el artículo 93 constitucional son bastante inocuas, porque en el sistema presidencialista vigente, a diferencia del parlamentario, las críticas que puedan hacer las Cámaras legislativas a los secretarios del despacho y a los titulares de las entidades paraestatales, no tienen mayor repercusión, habida cuenta que dichas críticas o censuras no son traducibles en sanciones.

X. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

La voz castellana responsabilidad proviene del latín *respondere*, traducible como estar obligado. Entre los muchos conceptos formulados al respecto, se entiende por responsabilidad la capacidad de un sujeto de derecho de conocer y aceptar las consecuencias de sus actos realizados consciente y libremente. En otro sentido, viene a ser la relación de causalidad existente entre

el acto y su autor, o sea, la capacidad de responder por sus actos. En un sentido más concreto, la responsabilidad se traduce en el surgimiento de una obligación o merecimiento de una pena en un caso determinado o determinable, como resultado de la ejecución de un acto específico.

Por responsabilidad, también se puede entender la obligación que tiene una persona de subsanar el perjuicio producido, o el daño causado a un tercero, porque así lo disponga una ley, lo requiera una convención originaria, lo estipule un contrato, o se desprenda de ciertos hechos ocurridos, independientemente de que en ellos exista o no, culpa del obligado a subsanar.

Se hace distinción entre responsabilidad moral y responsabilidad jurídica; la primera es producto de la falta, de la infracción al deber moral; toda persona, como consecuencia necesaria de la libertad de la voluntad y de la imputabilidad fundada en ella, debe responder de sus actos ante su conciencia, ante su entorno ético, y admitir las consecuencias ineludibles de su actuación.

Empero, moralmente la persona sólo será imputable, y por ende responsable, cuando tenga el suficiente conocimiento moral y su voluntad no se trabe por algún impulso demasiado poderoso o por la sorpresa. Igualmente reducen o cancelan de plano la imputabilidad y la responsabilidad, diferentes tipos de afecciones mentales.

La responsabilidad jurídica, en cambio, demanda el sometimiento de los hechos a la reacción jurídica frente al daño, reacción cuya finalidad –consistente en la represión del mal causado– se alcanza a través del derecho, mediante el traslado de la carga del perjuicio a un sujeto diferente del agraviado; tal sujeto distinto habrá de sufrir –con, sin y aun contra su voluntad– la referida reacción jurídica, por encontrarse en situación de responsabilidad.

En México, la actividad de los servidores públicos puede originarles responsabilidad jurídica de diversos tipos, a saber: política, penal, civil y administrativa; el título cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se ocupa de las responsabilidades de los servidores públicos y patrimonial del Estado, y en su artículo 109 hace referencia expresa a la responsabilidad política, penal y administrativa, a cuyo efecto previene:

I. Se impondrán, mediante juicio político, las sanciones indicadas en el artículo 110 (destitución del servidor público e inhabilitación para desempeñar empleo o cargo publico) a los servidores públicos señalados en el mismo precepto (altos funcionarios públicos), cuando en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho.

No procede el juicio político por la mera expresión de las ideas.

II. La comisión de delitos por parte de cualquier servidor público será perseguida y sancionada en los términos de la legislación penal, y

III. Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos y omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.

Los procedimientos para la aplicación de las sanciones mencionadas se desarrollarán autónomamente. No podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza.

La Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos incluye en su artículo 8 un catálogo de obligaciones para dichas personas; la inobservancia de cualquiera de ellas da lugar a fincar responsabilidad administrativa al infractor. Las obligaciones de referencia son las siguientes:

I. Cumplir el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio o implique abuso o ejercicio indebido de un empleo, cargo o comisión;

II. Formular y ejecutar los planes, programas y presupuestos correspondientes a su competencia, y cumplir las leyes y la normatividad que determinen el manejo de recursos económicos públicos;

III. Utilizar los recursos que tenga asignados y las facultades que le hayan sido atribuidas para el desempeño de su empleo, cargo o comisión, exclusivamente para los fines a que están afectos;

IV. Rendir cuentas sobre el ejercicio de las funciones que tenga conferidas y coadyuvar en la rendición de cuentas de la gestión pública federal, proporcionando la documentación e información que le sea requerida en los términos que establezcan las disposiciones legales correspondientes;

V. Custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o comisión, tenga bajo su responsabilidad, e impedir o evitar su uso, sustracción, destrucción, ocultamiento o inutilización indebidos;

VI. Observar buena conducta en su empleo, cargo o comisión, tratando con respeto, diligencia, imparcialidad y rectitud a las personas con las que tenga relación con motivo de este;

VII. Comunicar por escrito al titular de la dependencia o entidad en la que preste sus servicios, las dudas fundadas que le suscite la procedencia de las ordenes que reciba y que pudiesen implicar violaciones a la ley o a cualquier otra disposición jurídica o administrativa, a efecto de que el titular dicte las medidas que en derecho procedan, las cuales deberán ser notificadas al servidor publico que emitió la orden y al interesado;

VIII. Abstenerse de ejercer las funciones de un empleo, cargo o comisión, por haber concluido el periodo para el cual se le designó, por haber sido cesado o por cualquier otra causa legal que se lo impida;

IX. Abstenerse de disponer o autorizar que un subordinado no asista sin causa justificada a sus labores, así como de otorgar indebidamente licencias, permisos o comisiones con goce parcial o total de sueldo y otras percepciones;

X. Abstenerse de autorizar la selección, contratación, nombramiento o designación de quien se encuentre inhabilitado por resolución de autoridad competente para ocupar un empleo, cargo o comisión en el servicio público;

XI. Excusarse de intervenir, por motivo de su encargo, en cualquier forma en la atención, tramitación o resolución de asuntos en los que tenga interés personal, familiar o de negocios, incluyendo aquellos de los que pueda resultar algún beneficio para él, su cónyuge o parientes consanguíneos o por afinidad hasta el cuarto grado, o parientes civiles, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que el servidor publico o las personas antes referidas formen o hayan formado parte.

El servidor público deberá informar por escrito al jefe inmediato sobre la atención, trámite o resolución de los asuntos a que hace referencia el párrafo anterior y que sean de su conocimiento, y observar sus instrucciones por escrito sobre su atención, tramitación y resolución, cuando el servidor publico no pueda abstenerse de intervenir en ellos;

XII. Abstenerse, durante el ejercicio de sus funciones, de solicitar, aceptar o recibir, por si o por interpósita persona, dinero, bienes muebles o inmuebles mediante enajenación en precio notoriamente inferior al que tenga en el mercado ordinario, donaciones, servicios, empleos, cargos o comisiones para si, o para las personas a que se refiere la fracción XI de este artículo, que procedan de cualquier persona física o moral cuyas actividades profesionales, comerciales o industriales se encuentren directamente vinculadas, reguladas o supervisadas por el servidor

publico de que se trate en el desempeño de su empleo, cargo o comisión y que implique intereses en conflicto. esta prevención es aplicable hasta un año después de que se haya retirado del empleo, cargo o comisión.

Habrá intereses en conflicto cuando los intereses personales, familiares o de negocios del servidor publico puedan afectar el desempeño imparcial de su empleo, cargo o comisión.

Una vez concluido el empleo, cargo o comisión, el servidor publico deberá observar, para evitar incurrir en intereses en conflicto, lo dispuesto en el articulo 9 de la ley;

XIII. Desempeñar su empleo, cargo o comisión sin obtener o pretender obtener beneficios adicionales a las contraprestaciones comprobables que el estado le otorga por el desempeño de su función, sean para él o para las personas a las que se refiere la fracción XI;

XIV. Abstenerse de intervenir o participar indebidamente en la selección, nombramiento, designación, contratación, promoción, suspensión, remoción, cese, rescisión del contrato o sanción de cualquier servidor público, cuando tenga interés personal, familiar o de negocios en el caso, o pueda derivar alguna ventaja o beneficio para él o para las personas a las que se refiere la fracción XI;

XV. Presentar con oportunidad y veracidad las declaraciones de situación patrimonial, en los términos establecidos por la ley;

XVI. Atender con diligencia las instrucciones, requerimientos o resoluciones que reciba de la secretaria, del contralor interno o de los titulares de las áreas de auditoría, de quejas y de responsabilidades, conforme a la competencia de estos;

XVII. Supervisar que los servidores públicos sujetos a su dirección, cumplan con las disposiciones de este articulo;

XVIII. Denunciar por escrito ante la secretaria o la contraloría interna, los actos u omisiones que en ejercicio de sus funciones llegare a advertir respecto de cualquier servidor público que pueda constituir responsabilidad administrativa en los términos de la ley y demás disposiciones aplicables;

XIX. Proporcionar en forma oportuna y veraz, toda la información y datos solicitados por la institución a la que legalmente le competa la vigilancia y defensa de los derechos humanos;

XX. Abstenerse, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, de celebrar o autorizar la celebración de pedidos o contratos relacionados con adquisiciones, arrendamientos y enajenación de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra pública o de servicios relacionados con ésta, con quien desempeñe un empleo, cargo o comisión en el servicio público, o bien con las sociedades de las que dichas personas formen parte. por ningún motivo podrá celebrarse pedido o contrato alguno con quien se encuentre inhabilitado para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público;

XXI. Abstenerse de inhibir por sí o por interpósita persona, utilizando cualquier medio, a los posibles quejosos con el fin de evitar la formulación o presentación de denuncias o realizar, con motivo de ello, cualquier acto u omisión que redunde en perjuicio de los intereses de quienes las formulen o presenten;

XXII. Abstenerse de aprovechar la posición que su empleo, cargo o comisión le confiere para inducir a que otro servidor publico efectúe, retrase u omita realizar algún acto de su competencia, que le reporte cualquier beneficio, provecho o ventaja para si o para alguna de las personas a que se refiere la fracción XI;

XXIII. Abstenerse de adquirir para sí o para las personas a que se refiere la fracción XI, bienes inmuebles que pudieren incrementar su valor o, en general, que mejoren sus condiciones, como

resultado de la realización de obras o inversiones publicas o privadas, que haya autorizado o tenido conocimiento con motivo de su empleo, cargo o comisión. esta restricción será aplicable hasta un año después de que el servidor público se haya retirado del empleo, cargo o comisión, y

XXIV. Abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa relacionada con el servicio público.

El incumplimiento a lo dispuesto en el presente articulo dará lugar al procedimiento y a las sanciones que correspondan, sin perjuicio de las normas especificas que al respecto rijan en el servicio de las fuerzas armadas.

Para la imposición de las sanciones administrativas se sigue el siguiente procedimiento previsto en el artículo 21 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos:

Se cita al presunto responsable a una audiencia, notificándole que deberá comparecer personalmente a rendir su declaración en torno a los hechos que se le imputen y que puedan ser causa de responsabilidad en los términos de la ley, y demás disposiciones aplicables. La notificación respectiva deberá expresar el lugar, día y hora en que tendrá verificativo la audiencia; la autoridad ante la cual se desarrollará ésta; los actos u omisiones que se le imputen al servidor publico y el derecho de éste a comparecer asistido de un defensor. Una vez notificado, si el servidor público deja de comparecer sin causa justificada a la audiencia, se tendrán por ciertos los actos u omisiones que se le imputan.

Concluida la audiencia, se concederá al presunto responsable un plazo de cinco días hábiles para que ofrezca los elementos de prueba que estime pertinentes y que tengan relación con los hechos que se le atribuyen;

Desahogadas las pruebas que fueren admitidas, la autoridad competente resolverá dentro de los cuarenta y cinco días hábiles siguientes sobre la inexistencia de responsabilidad o impondrá al infractor las sanciones administrativas correspondientes y le notificará la resolución en un plazo no mayor de diez días hábiles. La resolución correspondiente, en su caso, se notificara para los efectos de su ejecución al jefe inmediato o al titular de la dependencia, según corresponda, en un plazo no mayor de diez días hábiles.

La autoridad competente podrá ampliar el plazo para dictar la resolución a que se refiere el párrafo anterior, por única vez, hasta por cuarenta y cinco días hábiles, cuando exista causa justificada a juicio de las propias autoridades;

Durante la sustanciación del procedimiento la autoridad competente para resolver el asunto podrá practicar todas las diligencias tendientes a investigar la presunta responsabilidad del servidor publico denunciado, así como requerir a éste y a las dependencias o entidades involucradas la información y documentación que se relacione con la presunta responsabilidad, estando obligadas estas a proporcionarlas de manera oportuna. Si la autoridad encontrara que no cuenta con elementos suficientes para resolver o advirtieran datos o información que impliquen nueva responsabilidad administrativa a cargo del presunto responsable o de otros servidores públicos, podrá disponer la practica de otras diligencias o citar para otra u otras audiencias, y

Previa o posteriormente al citatorio al presunto responsable, la autoridad competente para conocer del asunto podrá determinar la suspensión temporal de su empleo, cargo o comisión, si a su juicio así conviene para la conducción o continuación de las investigaciones; tal suspensión no prejuzga sobre la responsabilidad que se le impute, salvedad que la resolución respectiva hará constar expresamente. Dicha suspensión suspenderá los efectos del acto que haya dado origen a la ocupación del empleo, cargo o comisión, y regirá desde el momento en que sea notificada al interesado.

La suspensión cesará cuando así lo resuelva la autoridad que conozca del asunto, independientemente de la iniciación o continuación del procedimiento a que se refiere el presente articulo en relación con la presunta responsabilidad del servidor publico. en todos los casos, la suspensión cesará cuando se dicte la resolución en el procedimiento correspondiente.

Si el servidor publico suspendido temporalmente no resultare responsable de los hechos que se le imputan, la dependencia o entidad donde preste sus servicios lo restituirá en el goce de sus derechos y le cubrirá las percepciones que debió recibir durante el tiempo en que se halló suspendido.

Se requiere autorización del Presidente de la Republica para dicha suspensión si el nombramiento del servidor publico de que se trate incumbe al titular del Poder Ejecutivo. Asimismo, se requiere autorización de la Cámara de Senadores, o en su caso de la Comisión Permanente, si dicho nombramiento requirió ratificación de aquélla en los términos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Si la autoridad difunde la suspensión del servidor publico, y la resolución definitiva del procedimiento fuere de no responsabilidad, esta circunstancia deberá hacerse publica por la propia autoridad.

XI. EL SERVICIO PÚBLICO, LOS MERCADOS DE INTERÉS GENERAL (LIBERALIZACIÓN, PRIVATIZACIÓN, REGULACIÓN) Y SU RÉGIMEN DE COMPETENCIA.

El 16 de diciembre de este año de 2005, se cumplirá el sesquicentenario de la emisión, en Francia, del *arret* Rotschild, cuyas ideas inspiraron al Comisario David en la elaboración de sus conclusiones que, a su vez, orientaron al Tribunal de Conflictos en la elaboración del célebre arret Blanco dictado el 6 de febrero de 1873, rescatado en su esencia por Georges Teissier para proponer al servicio público como el fundamento de una teoría integral de la competencia y aun del derecho administrativo, expuesta en su tratado *La responsabilité de la puissance publique*[14], en clara adhesión a las ideas de referencia, conforme a las cuales el servicio público emerge como un subproducto del deslinde de competencias.

Como consecuencia de su redescubrimiento por Teissier en 1906, las ideas y nociones del arrét Blanco sobre el servicio público fueron cada vez más citadas y empleadas en las resoluciones de los tribunales franceses ordinarios, administrativos y de conflictos; Teissier mismo, por ejemplo, las utilizó en sus conclusiones para el arrét Feutry.

Como es sabido la noción del servicio público no se limitó a ser una pauta para el deslinde de competencias ni tampoco se circunscribió a la jurisprudencia francesa sino que incrementó tremendamente su importancia e impactó fuertemente en la doctrina, al grado que León Duguit consideró que la noción del servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del derecho público, porque en su opinión "El Estado no es un poder que manda, es un grupo de individuos que tiene una fuerza que debe emplear en crear y dirigir los servicios públicos. La noción de servicio público deviene la noción fundamental del derecho público moderno"[15].

[14] París, Paul Dupont, Editeur, 1906.

[15] Duguit, León, Las transformaciones del derecho público, trad. Adolfo Posada y Ramón Jaén, Madrid, Librería Española y Extranjera, 1926, p. 85)

Sin embargo, la importancia y magnitud que Duguit pretendió dar a la noción de servicio público no se pudo mantener, pues pronto se redujo a ser considerada como una parte de la actividad de la administración pública.

Contribuyó a la reducción de la importancia de la noción del servicio público la circunstancia de que su diseño y desarrollo se ha visto afectado seriamente por un problema de carácter semántico, cuya consecuencia consiste tanto en denominar de distinta manera una misma actividad, como en emplear una misma denominación para varias actividades diferentes; por tal motivo, lo que para unos autores es servicio público, para otros viene a ser función pública o cometido esencial y viceversa, que con esos y otros nombres llaman a una misma actividad, sin ponerse de acuerdo en ese diálogo de sordos a que se refiere Marcel Walline, en el que "no hay posibilidad de entendimiento cuando cada uno de los que discuten da diferente significado a las mismas palabras"[16].

Es evidente que la evolución de la idea y del concepto de servicio público es diferente en cada país, a lo cual contribuye la asimetría de las economías de los Estados de la comunidad internacional y la diversidad de desarrollo económico, social, político y cultural de los mismos, circunstancia que redunda en requerimientos distintos de categorías, instituciones y normas jurídicas, reflejada en la variedad de sistemas y órdenes jurídicos vigentes que registra el Derecho comparado, lo cual ocurre, en buena medida, porque lo que es bueno para los países desarrollados, no siempre lo será para los subdesarrollados; ya que los primeros exportan capital, tecnología y productos terminados; los segundos, exportan deuda, mano de obra y materias primas.

Es pertinente la anterior reflexión porque algunos autores promueven la idea de que el servicio público ha perdido su razón de ser, habida cuenta de la transformación radical de las circunstancias económicas, sociales, políticas y culturales que le dieron origen; en esta tesitura, el profesor Gaspar Ariño Ortiz ha señalado: "El servicio público fue un instrumento de progreso y también de socialización, especialmente en los Estados pobres, a los que permitió mejorar la situación de todos. Pero su ciclo ha terminado. Cumplió su misión y hoy –como dice José Luis Villar– hay que hacerle un digno entierro"[17]. Mas la opinión, muy respetable, del distinguido jurista español, quizá pueda ser aplicable a España –aun cuando contradiga el artículo 128 de la Constitución española–, en su calidad de miembro de la Unión Europea, mas no válida para todos los países, dada la asimetría de sus economías y la diversidad de desarrollo económico, social, político y cultural de los mismos, toda vez que en algunos, la idea de servicio público sigue siendo un instrumento de gran valía.

Así ocurre en México, donde ha logrado consenso considerar al servicio público –en una de sus acepciones–, como una actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho privado; esta idea está implícita en diversos artículos constitucionales que hacen referencia a servicios públicos específicos, como el de educación, el de correos, el de telégrafos, el de transporte ferroviario, el de suministro de energía eléctrica, el de suministro de agua potable, el de drenaje, el de alumbrado público, el de limpia y recolección de residuos sólidos, el de panteones y el de rastro.

Cabe hacer notar que la Constitución mexicana emplea también la locución servicio público, en el sentido de actividad personal –obligatoria o no– realizada en beneficio del Estado, con o sin

[16] Walline, Marcel, "La noción de servicio público", La Ley, t. 75, julio-septiembre, Buenos Aires, 1954, p. 1.

[17] Ariño Ortiz, Gaspar, et al, "Significado actual de la noción del servicio público", El nuevo servicio público,

remuneración, o sea, de empleo o cargo público remunerado o no; también se interpreta como actividad a desarrollar en ejercicio del poder público, así como de organización de medios para desempeño de tareas gubernamentales o logro de fines estatales.

En su acepción de satisfactor de necesidades de carácter general, el servicio público es una técnica de protección al usuario que permite colectivizar la satisfacción de necesidades de carácter general, con lo cual se evita que cada usuario se procure la satisfacción de su propia necesidad, lo que redunda en una división del trabajo, en una reducción del costo del satisfactor y una mayor calidad del mismo; por ello debe figurar entre los objetivos del Estado mexicano –con 60 de los 104 millones de habitantes sumidos en la pobreza– asegurar la prestación de los servicios públicos de la mejor manera posible y velar por la seguridad y el interés de sus usuarios, por lo que habrá de perfeccionarse su marco jurídico, para lo cual es necesario diferenciar al servicio público de la función pública, de la obra pública y de otras actividades socioeconómicas de interés público.

En su finalidad, el servicio público entraña la aspiración solidaria de poner al alcance de todo individuo, al menor costo posible y bajo condiciones que garanticen su seguridad, el aprovechamiento de la actividad técnica de satisfacer una necesidad de carácter general, en la que cada quien puede identificar su propia necesidad individual.

El servicio público se ha tratado de explicar de acuerdo con diversos criterios, entre los que destacan el orgánico y el funcional cuya contraposición el profesor italiano Arnaldo de Valles propuso resolver mediante la distinción de los servicios públicos en propios e impropios.

De acuerdo con las ideas del profesor De Valles, el servicio público puede explicarse como una actividad técnica destinada al público para satisfacer una necesidad de carácter general, bajo un régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado; cuando tal actividad la reconoce la ley como servicio público y la desempeña directamente la Administración pública o, indirectamente, por medio de particulares en quienes delega su ejecución, por ejemplo, bajo el régimen de concesión, estaremos frente a un servicio público propio o propiamente dicho.

En cambio, si la actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general no está considerada por la ley como servicio público y, por tanto, puede ser desarrollada directamente por particulares, por no estar atribuida a la Administración pública ni al Estado, estaremos entonces ante un servicio público impropio o impropiamente dicho, por lo que no es una creación de la ley, sino que deriva de un permiso, de una licencia o autorización de carácter administrativo que destraba el ejercicio de un derecho individual limitado, de realizar una actividad privada que, a diferencia de la actividad comercial ordinaria, obliga a su titular a prestar el servicio a quienquiera que lo requiera y en el orden en que se presente, con apego a una regulación jurídica especial que rebasa la órbita del derecho ordinario.

Para que un servicio público lo sea, debe estar investido de ciertos caracteres jurídicos esenciales, sin los cuales queda desnaturalizado, por cuya razón el Estado tiene la obligación de asegurar que dicho servicio revista tales rasgos distintivos o caracteres esenciales, a efecto de garantizar la idónea satisfacción de la necesidad de carácter general que trata de satisfacer, en cualquier caso en que ésta se individualice, pues como apunta Marcel Waline: "El servicio público es el más enérgico de los procedimientos de intervención administrativa, última *ratio* del Estado para asegurar la satisfacción de una necesidad colectiva cuando la iniciativa privada, por una razón cualquiera, no es suficiente para asegurarla"[18].

[18] Walline, Marcel, Manuel elementaire de droit admiistratif, París, Sirey, 1933, p. 333.

La doctrina reconoce como caracteres jurídicos esenciales del servicio público a la generalidad, a la igualdad, a la regularidad y a la continuidad, a los que algunos autores agregan otros, aisladamente.

Tanto la legislación como la jurisprudencia y la doctrina se han preocupado por definir al servicio público, y como se puede comprobar fácilmente, es en la legislación en donde se ha registrado el menor número de intentos definitorios de esta categoría jurídica, lo que contrasta con la doctrina, en la que existen tantas definiciones como autores se han ocupado del servicio público.

La Ley del Régimen Patrimonial y del Servicio Público del Distrito Federal, define al servicio público en los siguientes términos:

Artículo 128. –Para efectos de esta ley, se entiende por servicio público la actividad organizada que se realice conforme a las leyes vigentes en el Distrito Federal, con el fin de satisfacer necesidades de interés general en forma obligatoria, regular y continua, uniforme y en igualdad de condiciones.

En México, aun cuando la jurisprudencia ha tenido una participación modesta en torno a la idea del servicio público, ello no ha sido obstáculo para hacer algunos pronunciamientos que incluyen definiciones del servicio público como la que se transcribe a continuación:

LEY DE VIAS GENERALES DE COMUNICACION, SERVICIO PUBLICO EN RELACION CON LA. –El artículo 124 de la Ley de Vías Generales de Comunicación previene que las maniobras de carga, alijo, estiba, etc., que se presten en relación con las vías generales de comunicación y medios de transporte, se consideran como servicios públicos y se necesitará permiso para realizarlas; (...) Y estas operaciones están confirmadas por la noción de servicio público, consistiendo éste en la actividad que se desarrolla para satisfacer una necesidad colectiva de carácter económico o cultural, mediante prestaciones que por virtud de norma especial del poder público, deben ser regulares, continuas y uniformes. (Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación. Tercera Parte, Segunda Sala, pág. 191).

Por mi parte estimo que el servicio público es toda actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, de manera uniforme, regular y continua, con sujeción a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado, en beneficio indiscriminado de toda persona.

El servicio público es clasificado por la doctrina en atención a diferentes criterios, así por razón de competencia, en México se clasifican en federales, de las entidades federativas, municipales y concurrentes.

La Constitución federal mexicana, en sus artículos 27 y 28, reserva al Estado la prestación de ciertos servicios públicos, como el de suministro de energía eléctrica y el de correos. Además, en el último de los citados artículos, previene que la sujeción a regímenes de servicio sólo podrá llevarse a cabo mediante ley, y establece la posibilidad, en caso de interés general, de concesionar la prestación de servicios públicos de la Federación, sujetándose a las leyes, salvo las excepciones que las mismas establezcan.

En las dos últimas décadas del siglo XX se dio en México un fuerte impulso a la reprivatización de grandes áreas del sector público, como las de teléfonos, banca y ferrocarriles; además, la banca dejó de ser considerada por la Constitución como servicio público, por lo que se convirtió en un servicio público impropio o impropiamente dicho

Del texto constitucional mexicano se infieren como servicios públicos federales, los de correos, telégrafos, suministro de energía eléctrica, telefonía, transporte ferroviario y aéreo, entre otros; y se consideran servicios públicos concurrentes, los de educación, seguridad social,

salud y transporte automotor. En tanto que, la fracción III del artículo 115 constitucional, a partir de la reforma de 1999, nos da un catálogo que incluye los siguientes:

Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales;
Alumbrado público;
Limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos;
Mercados y centrales de abasto;
Panteones;
Rastro;
Calles, parques y jardines y su equipamiento;
Seguridad pública y tránsito.

Las constituciones particulares de los Estados de la República abren la posibilidad de concesionar los servicios públicos municipales, empero, en ellas se prohíbe la concesión de los servicios públicos de seguridad pública y tránsito, lo que evidencia la circunstancia de que no se trata de servicios públicas sino de funciones públicas, entendidas como actividades esenciales del Estado que conllevan el ejercicio de su imperio, de su potestad, de su autoridad, vamos, de su soberanía, sin cuyo ejercicio el ente estatal se encamina a su desaparición, por cuya razón son indelegables; además, en algunos Estados también se prohíbe concesionar el servicio público de suministro de agua potable.

XII. LA FUNCIÓN PÚBLICA.

En México, en el universo de servidores públicos se distinguen dos categorías: de base y de confianza, estos últimos, a su vez, pueden clasificarse en miembros del servicio civil de carrera y servidores públicos de libre designación.

Las relaciones laborales del personal de base son reguladas por la Ley Federal de los Trabajadores al Servicios del Estado, Reglamentaria del Apartado B del Artículo 123 Constitucional, mas, en los términos del artículo 8 de la misma, no están considerados dentro del régimen de la citada Ley los trabajadores de confianza a que se refiere el artículo 5; los miembros del Ejército y Armada Nacional con excepción del personal civil de las Secretarías de la Defensa Nacional y de Marina; el personal militarizado o que se militarice legalmente; los miembros del Servicio Exterior Mexicano; el personal de vigilancia de los establecimientos penitenciarios, cárceles o galeras y aquellos que presten sus servicios mediante contrato civil o que sean sujetos al pago de honorarios.

La Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado previene que los trabajadores de base, gozan de inamovilidad en el empleo, mas los de nuevo ingreso no serán inamovibles sino después de seis meses de servicios sin nota desfavorable en su expediente; al respecto dicho ordenamiento legal dispone:

Artículo 6. Son trabajadores de base:

Los no incluidos en la enumeración anterior y que, por ello, serán inamovibles. Los de nuevo ingreso no serán inamovibles sino después de seis meses de servicios sin nota desfavorable en su expediente.

En los términos del artículo 14 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, serán condiciones nulas y no obligarán a los trabajadores, aun cuando las admitieren expresamente, las que estipulen:

· Una jornada mayor de la permitida por esta ley;
· Las labores peligrosas o insalubres o nocturnas para menores de dieciséis años;
· Una jornada inhumana por lo notoriamente excesiva o peligrosa para el trabajador, o para la salud de la trabajadora embarazada o el producto de la concepción;
· Un salario inferior al mínimo establecido para los trabajadores en general, en el lugar donde se presten los servicios, y
· Un plazo mayor de quince días para el pago de sus sueldos y demás prestaciones económicas.

Los titulares de las dependencias de los Poderes de la Unión, y por ende, de la Administración Pública Federal, de conformidad con el artículo 43 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, están obligados a:
· Preferir en igualdad de condiciones, de conocimientos, aptitudes y de antigüedad, a los trabajadores sindicalizados respecto de quienes no lo estuvieren; a quienes representen la única fuente de ingreso familiar; a los que con anterioridad les hubieren prestado servicios y a los que acrediten tener mejores derechos conforme al escalafón. Para tales efectos, en cada una de las dependencias se formarán los escalafones de acuerdo con las bases establecidas en el título tercero de dicha ley;
· Cumplir con todos los servicios de higiene y de prevención de accidentes a que están obligados los patrones en general;
· Reinstalar a los trabajadores en las plazas de las cuales los hubieren separado y ordenar el pago de los salarios caídos, a que fueren condenados por laudo ejecutoriado. En los casos de supresión de plazas, los trabajadores afectados tendrán derecho a que se les otorgue otra equivalente en categoría y sueldo;
· De acuerdo con la partida que en el Presupuesto de Egresos se haya fijado para tal efecto, cubrir la indemnización por separación injustificada cuando los trabajadores hayan optado por ella y pagar en una sola exhibición los sueldos o salarios caídos, prima vacacional, prima dominical, aguinaldo y quinquenios en los términos del laudo definitivo.
· Proporcionar a los trabajadores los útiles, instrumentos y materiales necesarios para ejecutar el trabajo convenido;
· Cubrir las aportaciones que fijen las leyes especiales, para que los trabajadores reciban los beneficios de la seguridad y servicios sociales comprendidos en los conceptos siguientes:

- Atención médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria, y en su caso, indemnización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
- Atención medica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria en los casos de enfermedades no profesionales y maternidad.
- Jubilación y pensión por invalidez, vejez o muerte.
- Asistencia médica y medicinas para los familiares del trabajador, en los términos de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.
- Establecimiento de centros para vacaciones y para recuperación, de guarderías infantiles y de tiendas económicas.
- Establecimiento de escuelas de Administración Pública en las que se impartan los cursos necesarios para que los trabajadores puedan adquirir los conocimientos para obtener ascensos conforme al escalafón y procurar el mantenimiento de su aptitud profesional.
- Propiciar cualquier medida que permita a los trabajadores de su Dependencia, el arrendamiento o la compra de habitaciones baratas.

- Constitución de depósitos en favor de los trabajadores con aportaciones sobre sus suelos básicos o salarios, para integrar un fondo de la vivienda a fin de establecer sistemas de financiamiento que permitan otorgar a éstos, crédito barato y suficiente para que adquieran en propiedad o condominio, habitaciones cómodas e higiénicas; para construirlas, repararlas o mejorarlas o para el pago de pasivos adquiridos por dichos conceptos. Las aportaciones que se hagan a dicho fondo serán enteradas al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, cuya Ley regulará los procedimientos y formas conforme a los cuales se otorgarán y adjudicarán los créditos correspondientes.

· Proporcionar a los trabajadores que no estén incorporados al régimen de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, las prestaciones sociales a que tengan derecho de acuerdo con la ley y los reglamentos en vigor;

· Conceder licencias a sus trabajadores, sin menoscabo de sus derechos y antigüedad y en los términos de las Condiciones Generales de Trabajo, en los siguientes casos:

- Para el desempeño de comisiones sindicales.
- Cuando sean promovidos temporalmente al ejercicio de otras comisiones, en dependencia diferente a la de su adscripción.
- Para desempeñar cargos de elección popular.
- A trabajadores que sufran enfermedades no profesionales, en los términos del artículo 111 de la presente Ley, y
- Por razones de carácter personal del trabajador.

· Hacer las deducciones, en los salarios, que soliciten los sindicatos respectivos, siempre que se ajusten a los términos de esta ley.

· Integrar los expedientes de los trabajadores y remitir los informes que se le soliciten para el trámite de las prestaciones sociales, dentro de los términos que señalen los ordenamientos respectivos.

Por su parte, el artículo 44 de la ley en cita establece como obligaciones de los trabajadores de base, las siguientes:

Desempeñar sus labores con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, sujetándose a la dirección de sus jefes y a las leyes y reglamentos respectivos.

Observar buenas costumbres dentro del servicio.

Cumplir con las obligaciones que les impongan las condiciones generales de trabajo.

Guardar reserva de los asuntos que lleguen a su conocimiento con motivo de su trabajo.

Evitar la ejecución de actos que pongan en peligro su seguridad y la de sus compañeros.

Asistir puntualmente a sus labores;

No hacer propaganda de ninguna clase dentro de los edificios o lugares de trabajo, y

Asistir a los institutos de capacitación, para mejorar su preparación y eficiencia.

Vengo de decirlo, las relaciones laborales del personal de base son reguladas por la Ley Federal de los Trabajadores al Servicios del Estado, mas, en los términos del artículo 8 de la misma:

Quedan excluidos del régimen de esta Ley los trabajadores de confianza a que se refiere el artículo 5; los miembros del Ejército y Armada Nacional con excepción del personal civil de las Secretarías de la Defensa Nacional y de Marina; el personal militarizado o que se militarice

legalmente; los miembros del Servicio Exterior Mexicano; el personal de vigilancia de los establecimientos penitenciarios, cárceles o galeras y aquellos que presten sus servicios mediante contrato civil o que sean sujetos al pago de honorarios.

De conformidad con el artículo 5 de la LFTSE, son trabajadores de confianza, en términos generales, los que desempeñan tareas de dirección, inspección, vigilancia, fiscalización, auditoría, manejo de fondos o valores, control de adquisiciones y contratos, almacenes e inventarios, así como labores de investigación científica, asesoría y consultoría, así como las actividades propias de los agentes del ministerio público, de policía y de las secretarías particulares.

Implica el servicio civil de carrera la profesionalización de los servidores públicos basada en requisitos específicos de ingreso, permanencia y ascenso, que reconocen y valoran los méritos, incluye, por tanto, un proceso de formación profesional integral que conlleva una permanente capacitación y actualización, por lo que puede entenderse como un sistema regulador del ingreso, permanencia y promoción, fundado en el desempeño y capacidad profesional.

La idea del servicio civil de carrera está orientada, pues, por el propósito de profesionalizar a los servidores públicos a efecto de dar continuidad a los programas del sector público, para lo cual se requiere propiciar la permanencia en el empleo de ciertos servidores públicos que se capaciten y se mantengan actualizados en el desempeño idóneo de las tareas a su cargo, habida cuenta que se trata de servidores públicos especializados, ubicados en los mandos medios y en los inmediatos a los mandos superiores del aparato burocrático.

Con un enfoque sistémico, se pueden determinar como elementos del servicio civil de carrera, los siguientes:

· Un elemento normativo, consistente en la ley o estatuto que lo rige.

· Un elemento meritorio para la selección, permanencia y ascenso del personal, consistente en el catálogo de méritos que deben tomarse en cuenta, con determinación del valor de cada uno de ellos.

· Un esquema de permanencia en el empleo, basado en la calidad de desempeño.

· Una clasificación sistematizada de puestos

· Un tabulador de puestos con inclusión de los correspondientes salarios

· Un programa de capacitación y desarrollo de personal

La permanencia en el empleo del personal del servicio civil de carrera, abate el costo de preparación y capacitación del mismo, al evitarse que cada nueva administración substituya al personal capacitado con personal impreparado, lo que redunda en el aprovechamiento de los cuadros profesionales de experiencia y alta capacitación, lo que, a su vez, propicia la continuidad de planes y proyectos de mediano y largo plazo.

En razón de su seguridad en el empleo, el servidor público de carrera se ubica en una posición intermedia entre el personal de base y el de confianza no adscrito al servicio de carrera. En rigor, el servidor público de carrera viene a ser personal de confianza, habida cuenta que desempeña tareas o labores de las que se acaban de mencionar.

El servidor público que ocupa cargo de confianza no incluido en la plantilla de personal del servicio de carrera, u ocupándolo, lo hace de manera provisional en tanto se adjudica en firme a una persona específica, se considera personal de confianza de libre designación, el cual carece de inamovilidad en el empleo, a diferencia del personal de confianza del servicio civil de carrera, cuya permanencia en el empleo está condicionada a que apruebe los programas de capacitación, las evaluaciones anuales y, en su caso, los exámenes especiales que le correspondan.

La Ley del Servicio Civil de Carrera en la Administración Pública Federal, publicada en el diario Oficial de la Federación de 10 de abril de 2003, rebasa el contenido de su denominación, habida cuenta que se aplica a sólo una parte la administración pública federal inserta en el Poder Ejecutivo, o sea, a la administración pública centralizada, por lo que no es aplicable a la administración pública paraestatal y menos, aún, a las áreas de la administración pública insertas en los otros Poderes de la Unión, y en los órganos a los que la Constitución confiere autonomía, lo que impide conformar un modelo maestro de servicio civil de carrera para todo el ámbito federal, circunstancia que propicia la indeseable proliferación de modelos diferentes de servicio civil de carrera para los servidores públicos de la Federación, con incremento evidente de la selva semántica y jurídica que trata de regular la administración de los recursos humanos federales. Por ello el ordenamiento de referencia inicia con la siguiente acotación:

Artículo 1. La presente ley tiene por objeto establecer las bases para la organización, funcionamiento y desarrollo del sistema de Servicio Profesional de Carrera en las dependencias de la Administración Pública Federal Centralizada.

Las entidades del sector paraestatal previstas en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal podrán establecer sus propios sistemas de servicio profesional de carrera tomando como base los principios de la presente Ley.

Contenida en ochenta artículos –mas seis transitorios–distribuidos en cuatro títulos que incluyen trece capítulos, la LSPCAPF crea al Servicio Profesional de Carrera como un mecanismo destinado a garantizar la igualdad de oportunidades para ingresar a la función pública, basado en el mérito, orientado por el propósito de promover el desarrollo de la función pública en beneficio de la sociedad.

La ley en comento encomienda la dirección del Servicio Profesional de Carrera del Poder Ejecutivo Federal, a la Secretaría de la Función Pública y atribuye su operación a cada una de las dependencias de la administración pública federal, excluyendo de su afiliación al mismo al personal que preste sus servicios en la Presidencia de la República, así como a los rangos de Secretarios de Despacho, Jefes de Departamento Administrativo, subsecretarios, oficiales mayores, Jefe o Titular de Unidad y cargos homólogos; los miembros de las fuerzas armadas, del sistema de seguridad pública y seguridad nacional, del Servicio Exterior Mexicano y asimilado a éste; personal docente de los modelos de educación preescolar, básica, media superior y superior; de las ramas médica, paramédica y grupos afines; miembros de los gabinetes de apoyo, así como el personal asiilado a un sistema legal de servicio civil de carrera, o que preste sus servicios mediante contrato, sujeto al pago por honorarios en las dependencias. En consecuencia el servicio civil de carrera, sólo atañe a los rangos de director general, director de área, subdirector de área, jefe de departamento y personal de enlace; los referidos rangos incluyen los niveles de adjunto, homólogo u otro equivalente, sin importar la denominación que se le asigne.

El servidor público de base podrá ingresar al servicio profesional de carrera a condición de contar con licencia o de haberse separado de la plaza que ocupa, toda vez que no puede permanecer activo en ambas situaciones.

La Ley del Servicio Profesional de Carrera de la Administración Pública Federal atribuye a los servidores públicos de carrera, los derechos siguientes:

· Disfrutar de estabilidad y permanencia en el servicio en los términos y condiciones previstas en la propia ley.

· Obtener el nombramiento de servidor público de carrera cuando cubra los requisitos señalados en la ley.

· Recibir las remuneraciones inherentes a su cargo, así como los demás beneficios y estímulos que se establezcan.

· Ascender a un cargo diferente una vez cumplidos los requisitos y procedimientos señalados en la ley.

· Obtener capacitación y actualización profesional para el mejor desempeño de sus actividades.

· Ser evaluado de acuerdo con los principio rectores de la ley y conocer el resultado de los exámenes correspondientes, en un plazo no mayor de sesenta días.

· Siempre que no resulte aprobado en alguna evaluación, ser evaluado de nuevo previa la capacitación respectiva, de acuerdo con lo que la ley prevé.

· Ser miembro del Comité de selección para designar a un servidor público de la jerarquía inmediata inferior.

· Emplear los medios de defensa establecidos en la ley, para impugnar las resoluciones dictadas en aplicación de la misma.

· Obtener indemnización en los términos de ley, siempre que sea despedido injustificadamente.

· Los demás derivados de la ley, de su reglamento y demás ordenamientos aplicables.

Por contra, los servidores públicos de carrera tienen a su cargo las siguientes obligaciones

· Realizar sus labores con estricto apego a los principios de legalidad, objetividad, imparcialidad, eficiencia y demás que rigen al servicio profesional de carrera.

· Desarrollar sus tareas con el debido cuidado y esmero, con observancia de las instrucciones impartidas por sus superiores jerárquicos.

· Participar en las evaluaciones establecidas para su permanencia y desarrollo en el servicio profesional de carrera.

· Aportar los elementos objetivos requeridos para la evaluación de los resultados de su desempeño.

· Participar en los programas de capacitación obligatoria que comprende la actualización, especialización y educación formal, sin menoscabo de otras condiciones de desempeño que deba cubrir, en los términos de su nombramiento.

· Guardar reserva de la información, documentación y en general, de los asuntos que maneje, de acuerdo con lo dispuesto en la ley de la materia.

· Asistir puntualmente a sus labores y respetar los horarios de actividades.

· Entregar la información y documentación necesarias al funcionario que se designe para suplirlo en sus ausencias temporales o definitivas.

· Abstenerse de incurrir en actos u omisiones que pongan en riesgo la seguridad del personal, bienes y documentación u objetos de la dependencia o de las personas que allí se encuentren.

· Excusarse de conocer de asuntos que puedan implicar conflicto de intereses con las funciones que desempeña dentro del servicio.

· Las demás establecidas en la normativa aplicable.

En esquema sistémico, el Servicio Profesional de Carrera se integra con siete subsistemas, a saber: Subsistema de Planeación de Recursos Humanos; Subsistema de Ingreso; Subsistema de Desarrollo Profesional; Subsistema de Capacitación y Certificación de Capacidades; Subsistema de Evaluación del Desempeño; Subsistema de Separación; y Subsistema de Control y Evaluación.

La ley en comentario establece una estructura orgánica del Servicio Profesional de Carrera, conforme a la cual la Secretaría de la Función Pública es la encargada de dirigir su funciona-

miento en todas las dependencias, para lo cual cuenta con el apoyo de un Consejo Consultivo cuyo propósito estriba en hacer recomendaciones generales y opinar sobre los lineamientos, políticas, estrategias y líneas de acción que aseguren y faciliten el desarrollo del Servicio. Además se prevé, en cada dependencia, la existencia de un Comité encargado de operar el Servicio en la misma, de acuerdo con la normatividad emitida para tal efecto, por la Secretaría de la Función Pública.

No obstante sus defectos, la Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal –obviamente perfectible–, representa un paso importante en la racionalización y mejoramiento de la administración pública mexicana.

XIII. EL URBANISMO, MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO.

El término urbanismo aparece en el Diccionario de la Real Academia Española de 1956 definido como "conjunto de conocimientos que se refieren al estudio de la creación, desarrollo, reforma y progreso de los poblados en orden a las necesidades de la vida urbana". También se suele explicar como conjunto de medidas técnicas, administrativas, económicas y sociales que se refieren al desarrollo de los poblados.

En el siglo XX se registra en México, como en otros países de América Latina, una transformación radical en la conformación de la distribución de la población en rural y urbana, ya que al inicio de esa centuria el 75% era rural y el 25 % urbana, situación que se invirtió al dar comienzo el siglo XXI.

Así, el fenómeno de la urbanización, entendida como acción de generar suelo urbano, o sea, de convertir en ciudad, pueblo o villa, un predio rural, es de enorme trascendencia en el México contemporáneo, sin embargo, el ejercicio de la potestad planificadora ha carecido de orden, método y sistema, lo que ha redundado en una perversión de la planificación urbanística, cuyos nocivos efectos sobre la ordenación racional del territorio y el medio ambiente tienen un elevado costo social, ambiental y económico, producto de un confuso derecho urbanístico, suma de numerosos ordenamientos jurídicos yuxtapuestos, que nada aclaran y nada proponen para remediar el caos normativo, pero sí acusan la ausencia de una política pública adecuada en materia de generación de suelo urbano y vivienda.

Además de la Constitución, inciden en la conformación del derecho urbanístico mexicano, numerosos ordenamientos legales, entre los que destacan la Ley Agraria y la Ley General de Asentamientos Humanos.

La Ley Agraria en vigor, reglamentaria del artículo 27 constitucional en materia agraria y de observancia general en toda la República, constituye uno de los ordenamientos legales más importantes del marco jurídico de la generación de suelo urbano en México, habida cuenta que la mancha urbana crece obviamente a expensas del espacio rural, cuyas tierras, ya sean agrícolas, ganaderas o forestales, se sujetan a regímenes jurídicos específicos, según se trate de tierras ejidales, comunales, de pequeña propiedad, de sociedades mercantiles o civiles; o bien, de terrenos baldíos o nacionales.

Con la participación de los productores y pobladores del campo canalizada por medio de sus órganos representativos, el Ejecutivo Federal debe formular programas anuales y de mediano plazo encaminados a lograr el desarrollo integral del agro mexicano, a cuyo efecto, en cada uno

de ellos, se especificarán las metas, los recursos y su distribución geográfica y por objetivos, así como las instituciones responsables y los plazos de ejecución respectivos.

Desde la perspectiva jurídica, y en razón de las posibles formas de su tenencia, el suelo del territorio nacional, entendido como superficie de la tierra, se puede clasificar en tierras ejidales, tierras comunales, tierras de pequeña propiedad, tierras de sociedades mercantiles o civiles, y los terrenos baldíos y nacionales.

En los términos de los artículos 43 y 44 de la Ley Agraria, son tierras ejidales las que han sido dotadas al núcleo de población ejidal o incorporadas al régimen ejidal; unas y otras se clasifican en tierras: para el asentamiento humano; de uso común; y parceladas. Cuando las tierras ejidales se ubican en zonas urbanas, se someten a una regulación especial.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 23, fracción VII, 63 y 64 de la ley en comento, son tierras ejidales destinadas al asentamiento humano, las determinadas por la Asamblea del ejido para integrar el área necesaria para el desarrollo de la vida comunitaria del ejido, la cual se compondrá de los terrenos en que se ubique la zona de urbanización y su fundo legal –igual protección se dará a la parcela escolar, a la unidad agrícola industrial de la mujer y a la unidad productiva para el desarrollo integral de la juventud–; con excepción de los solares de la zona de urbanización del ejido, dicha área será irreductible, imprescriptible e inembargable, salvo cuando se aporte parte de ella al municipio o entidad correspondiente, para dedicarla a los servicios públicos, en cuyo caso, la Procuraduría Agraria deberá constatar dicho destino.

Respecto de las tierras destinadas al asentamiento humano, la Ley Agraria previene:

· Siempre que el poblado ejidal se asiente en tierras ejidales, la Asamblea podrá acordar que se determine la zona de urbanización de la manera más conveniente, con respeto de los derechos parcelarios y de la normativa aplicable; así como que se delimite la reserva de crecimiento del poblado, de acuerdo con las leyes de la materia.

· La intervención de las autoridades municipales correspondientes, para la localización, deslinde y fraccionamiento de la zona de urbanización y de su reserva de crecimiento.

· Siempre que la Asamblea constituya la zona de crecimiento, deberá separar las superficies necesarias para los servicios públicos correspondientes.)

· Al constituirse la zona de urbanización, todo ejidatario tendrá derecho a recibir un solar –que será de propiedad plena de su titular– cuya extensión será determinada por la Asamblea, con la participación del municipio correspondiente, de acuerdo con la legislación aplicable en materia de fraccionamientos y los usos y costumbres de cada región. La asignación de los solares a los ejidatarios será hecha por la Asamblea de acuerdo con el plano aprobado por ella e inscrito en el Registro Agrario Nacional, en el que también se inscribirá el acta respectiva; los certificados expedidos por dicho Registro constituirán los títulos oficiales respectivos. En los ejidos en los que ya esté constituida el área de urbanización y asignados los solares, los títulos se expedirán a favor de sus legítimos poseedores.

· La propiedad de cada solar se acreditará con el certificado expedido por el Registro Agrario Nacional que constituye el título oficial correspondiente, el cual deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad de la correspondiente entidad; los actos jurídicos subsecuentes relativos a los solares referidos serán regulados por el derecho común.

De conformidad con el artículo 74 de la Ley Agraria, la propiedad de las tierras de uso común es inalienable, imprescriptible e inembargable (salvo cuando se transmita el dominio de las mismas a sociedades mercantiles o civiles en las que participen el ejido o los ejidatarios, en los

términos del artículo 75 de dicha ley). El reglamento interno del ejido regulará el uso, aprovechamiento, acceso y conservación de sus tierras de uso común, así como los derechos y obligaciones de ejidatarios y avecindados, respecto de las mismas.

El ejidatario tiene derecho al aprovechamiento, uso y usufructo de su parcela; y de acuerdo con el artículo 81 de la Ley Agraria, si la mayor parte de las parcelas de un ejido han sido delimitadas y asignadas a los ejidatarios, con las formalidades previstas en la ley, la Asamblea podrá acordar que los ejidatarios que así lo deseen asuman el dominio pleno sobre sus respectivas parcelas, en cuyo caso, los ejidatarios interesados habrán de solicitar al Registro Agrario Nacional que las parcelas respectivas se den de baja en dicho Registro, el cual deberá expedir el título de propiedad respectivo a efecto de que se inscriba en el Registro Público de la Propiedad que corresponda. Desde el momento de la cancelación de la inscripción respectiva en el Registro Agrario Nacional, tales tierras dejarán de ser ejidales y quedarán sujetas a la regulación del derecho común.

Gozarán del derecho del tanto, sobre la primera enajenación de las parcelas cuyos titulares hubieren adoptado su dominio pleno: los familiares del enajenante, las personas que las hayan trabajado por más de un año, los ejidatarios, los avecindados y el núcleo de población ejidal –en ese orden–; derecho que deberá ejercerse dentro de un término de treinta días contados a partir de la notificación al comisariado ejidal, el que estará obligado a publicar de inmediato en los lugares más visibles del ejido, la relación de los bienes o derechos a enajenar.

Siempre que los terrenos de un ejido estén dentro del área de crecimiento de un centro de población, los núcleos de población ejidal podrán beneficiarse de la urbanización de sus tierras, en cuyo caso, su incorporación al desarrollo urbano quedará sometido a la normativa aplicable en materia de asentamientos humanos.

Se prohíbe la urbanización de tierras ejidales situadas en áreas naturales protegidas, si se contrapone a lo previsto en la declaratoria respectiva.

De conformidad con el artículo 89 de la Ley Agraria, en la enajenación de terrenos ejidales situados en las áreas reservadas para el crecimiento de un centro de población, a favor de personas ajenas al ejido, se debe respetar el derecho de preferencia de los gobiernos de los estados y municipios, previsto en la Ley General de Asentamientos Humanos.

El reconocimiento de la calidad de comunidad a los núcleos agrarios hace que sean inalienables, imprescriptibles e inembargables las tierras comunales, excepto cuando se aportan a una sociedad.

Es facultad de la comunidad determinar el uso de sus tierras, así como dividirlas en diferentes porciones de acuerdo con sus distintas finalidades.

Los ejidos, previa satisfacción de los requisitos establecidos en los artículos 23, fracción XIII y 103 de la Ley Agraria, podrán adoptar el régimen de comunidad. De igual manera, las comunidades, previa satisfacción de los requisitos señalados en los artículos 24 a 28, 31 y 104 de dicho ordenamiento legal, podrán adoptar el régimen ejidal.

Las autoridades deberán proteger las tierras de los grupos indígenas, en los términos de la ley que reglamente el artículo 4° y el segundo párrafo de la fracción VII del artículo 27 constitucional.

La superficie de las tierras de pequeña propiedad individual tiene límites diferentes, según se trate de tierras agrícolas, forestales y ganaderas; si rebasan los límites respectivos, deberán ser fraccionados, en su caso, y enajenadas en los términos de la normativa aplicable.

La superficie máxima de la pequeña propiedad agrícola varía de acuerdo con la calidad de la tierra y el tipo de cultivo al que se dedique; así, una hectárea de riego equivale a dos de temporal, a cuatro de agostadero de buena calidad, o a ocho de monte o de agostadero en zonas áridas;

bajo tal entendido, la pequeña propiedad de tierras agrícolas de riego podrá tener una superficie máxima de cien hectáreas; mas, si se dedica al cultivo de algodón podrán ser hasta ciento cincuenta hectáreas; y hasta trescientas hectáreas, si se destina al cultivo de plátano, caña de azúcar, café, henequén, hule, palma, vid, olivo, quina, vainilla, cacao, agave, nopal o árboles frutales.

La superficie máxima de la pequeña propiedad forestal es de ochocientas hectáreas.

La superficie máxima de la pequeña propiedad ganadera será la necesaria para mantener hasta quinientas cabezas de ganado mayor o su equivalente en ganado menor, de acuerdo con el coeficiente de agostadero ponderado de la región respectiva. (Artículo 120) La pequeña propiedad ganadera cuyas tierras se conviertan en forestales, seguirá considerándose pequeña propiedad aun cuando su superficie sea mayor de ochocientas hectáreas.

Las sociedades mercantiles o civiles podrán ser propietarias de tierras agrícolas, ganaderas o forestales cuya superficie no exceda a veinticinco veces los límites de la pequeña propiedad individual.

Tanto los terrenos baldíos como los nacionales, son inembargables e imprescriptibles.

Se consideran baldíos, los terrenos de la nación que no han salido de su dominio por título legalmente expedido y que no han sido deslindados ni medidos.

Se consideran terrenos nacionales, los baldíos deslindados y medidos conforme a la Ley; así como los que recobre la Nación.

En lo que concierne al aprovechamiento urbano y al equilibrio ecológico, el ejercicio de los derechos de propiedad contemplados en la Ley Agraria, queda sujeto a lo dispuesto en la Ley General de Asentamientos Humanos, la Ley del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y las demás leyes aplicables.

El Registro Agrario Nacional es un órgano desconcentrado de la Secretaría de la Reforma Agraria, para el control de la tenencia de la tierra y la seguridad documental concerniente a la aplicación de la Ley Agraria; en él se deben inscribir los documentos en que consten las operaciones originales y las modificaciones que afecten la propiedad de las tierras y los derechos legalmente constituidos sobre la propiedad ejidal, comunal y de las sociedades.

En los términos del artículo 4° de la Ley Agraria, es obligación del Ejecutivo Federal promover el desarrollo integral y equitativo del sector rural y, con tal propósito, promover el fomento de las actividades productivas y de las acciones sociales a efecto de incrementar el bienestar de la población y su participación en la vida nacional; tareas en las que podrán colaborar las organizaciones de productores, por medio de propuestas de políticas de desarrollo y fomento al campo, planteadas al Ejecutivo Federal.

En el ámbito de su respectiva competencia, las dependencias y entidades de la administración pública federal están obligadas a:

· Fomentar el cuidado y conservación de los recursos naturales;

· Promover su aprovechamiento racional y sostenido a fin de preservar el equilibrio ecológico;

· Propiciar el mejoramiento de las condiciones de producción;

· Promover y, en su caso, participar en obras de infraestructura e inversiones, a fin de aprovechar el potencial y aptitud de las tierras, en beneficio de los pobladores y trabajadores del campo.

De igual manera, de conformidad con el artículo 6° de la ley en comento, las dependencias y entidades de la administración pública federal, en el ámbito de su respectiva competencia, deben:

· Propiciar la canalización de recursos de inversión y créditicios para la capitalización del campo;
· Fomentar la consolidación de predios y parcelas en unidades productivas;
· Propiciar la constitución de asociaciones (lícitas) entre ejidatarios, comuneros y pequeños propietarios, con fines productivos;
· Promover la investigación científica y técnica, así como su aprovechamiento por parte de los productores rurales;
· Apoyar la capacitación, organización y asociación de los productores, a fin de optimizar la producción, transformación y comercialización de los producto agrícolas;
· Asesorar a los trabajadores rurales, y
· Propiciar el equilibrado desarrollo social y regional del sector rural.

En los términos del artículo 4° de la ley en análisis, y para la debida aplicación de la misma, el Ejecutivo Federal debe promover la coordinación de sus acciones con las de los gobiernos de las entidades federativas y de los municipios.

La Ley Agraria en comentario, carece de normas fiscales y crediticias que tengan relación con la generación de suelo urbano.

El título décimo de la Ley Agraria se ocupa de la justicia agraria. Los juicios agrarios tienen por propósito sustanciar, dirimir y resolver las controversias que surjan a raíz de la aplicación de dicha ley, y se sujetarán al procedimiento previsto en la misma; empero, cuando en ésta no exista disposición expresa, se aplicará supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles, en todo lo que resulte indispensable para completar las disposiciones de este título.

En todo juicio agrario en que estén involucrados los grupos indígenas, de conformidad con el artículo 164 de la ley cuyo análisis nos ocupa, los tribunales están obligados a:
· Asegurarse de que los indígenas tengan traductores;
· A tomar en cuenta los usos y costumbres de cada grupo, en tanto no contravengan lo dispuesto por la Ley Agraria ni afecten derechos de tercero;
· A suplir la deficiencia de los planteamientos de derecho de las partes, siempre que se trate de núcleos de población ejidales o comunales, o de ejidatarios o comuneros.

La ley Agraria carece de normas técnicas que tengan relación directa con la generación de suelo urbano.

Por su parte, la Ley General de Asentamientos Humanos en vigor, es otro de los ordenamientos legales más importantes del marco jurídico de la generación de suelo urbano en México, habida cuenta que sus disposiciones son de orden público e interés social.

De conformidad con la fracción II del artículo 1°, figura dentro del objeto de la ley en comento, establecer las normas básicas para planear y regular, tanto el ordenamiento territorial de los asentamientos humanos, como la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; así como fijar los principios que rijan las provisiones, reservas, usos y destinos de áreas y predios que regulen la propiedad en los centros de población.

En su artículo 3°, la ley en análisis orienta el ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y el desarrollo urbano de los centros de población, a elevar el nivel y calidad de vida de la población rural y urbana, por medio de diversas acciones sustentadas implícitamente en una planeación adecuada.

Para los efectos del párrafo tercero del artículo 27 constitucional –de imprimir a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público–, la ley de referencia considera de interés público la determinación de provisiones, reservas, usos y destinos de áreas y predios de los centros de población, contenidas en los planes y programas de desarrollo urbano.

Asimismo, para los efectos del párrafo segundo del citado artículo 27 constitucional –que permite las expropiaciones a condición de que sean por causa de utilidad pública–, la ley en comentario incluye en su catálogo de utilidad pública, la ejecución de planes o programas de desarrollo urbano.

El artículo 7° de la referida ley confiere a la Federación atribuciones en materia de planeación del desarrollo urbano, consistentes en:

– Proyectar y coordinar la planeación del desarrollo regional, con la participación que corresponda a los gobiernos estatales y municipales;

– Prever a nivel nacional las necesidades de reservas territoriales para el desarrollo urbano con la intervención, en su caso, de la Secretaría de la Reforma Agraria, considerando la disponibilidad de agua determinada por la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, y regular en coordinación con los gobiernos estatales y municipales los mecanismos para satisfacer dichas necesidades;

– Elaborar, apoyar y ejecutar programas para el establecimiento de provisiones y reservas territoriales para el adecuado desarrollo de los centros de población, en coordinación con las dependencias y entidades de la administración pública federal correspondientes y los gobiernos estatales y municipales, y con la participación de los sectores social y privado;

– Asesorar a los gobiernos estatales y municipales que lo soliciten, en la elaboración y ejecución de sus planes o programas de desarrollo urbano y en la capacitación técnica de su personal;

– Proponer a las autoridades de las entidades federativas la fundación de centros de población.

En materia de planeación del desarrollo urbano, el artículo 8° de la ley en análisis confiere a las entidades federativas, las atribuciones consistentes en:

– Legislar en materia de ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y de desarrollo urbano de los centros de población, atendiendo a las facultades concurrentes previstas en la Constitución federal;

– Formular, aprobar y administrar el programa estatal de desarrollo urbano, así como evaluar y vigilar su cumplimiento;

– Autorizar la fundación de centros de población;

– Participar en la planeación y regulación de las conurbaciones, en los términos de esta ley y de la legislación estatal de desarrollo urbano;

– Apoyar a las autoridades municipales que lo soliciten, en la administración de la planeación del desarrollo urbano.

Las atribuciones de los municipios, en lo concerniente a la planeación del desarrollo urbano, la Ley de la materia, en su artículo 9, las hace consistir en:

– Formular, aprobar y administrar los planes o programas municipales de desarrollo urbano, de centros de población y los demás que de éstos deriven, así como evaluar y vigilar su cumplimiento, de conformidad con la legislación local;

– Proponer la fundación de centros de población;

– Participar en la planeación y regulación de las conurbaciones, en los términos de esta Ley y de la legislación local.

En lo que atañe a la planeación del ordenamiento territorial de los asentamientos humanos, en su artículo capítulo tercero la Ley General de Asentamientos Humanos dispone:

– Integrar a la planeación y regulación del ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y del desarrollo urbano de los centros de población, como parte del Sistema Nacional de Planeación democrática, con carácter de política sectorial coadyuvante en el logro de los objetivos de los planes: nacional, estatales y municipales de desarrollo; encomendando dicha planeación, de manera concurrente, a la Federación, las entidades federativas y los municipios;

– Instrumentar la planeación y regulación del ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y del desarrollo urbano de los centros de población, mediante el Programa Nacional de Desarrollo Urbano, los programas estatales de desarrollo urbano, los planes o programas de desarrollo urbano, los programas de desarrollo urbano de centros de población, así como los programas de desarrollo que, determinados por la ley en análisis y la legislación estatal de desarrollo urbano, deriven de los antes señalados; todos ellos se regirán por dicha ley y, en su caso, la legislación estatal de desarrollo urbano y los reglamentos y demás normas administrativas estatales y municipales.

– Sujetar a las previsiones del Plan Nacional de Desarrollo, el Programa Nacional de Desarrollo Urbano, en cuyo contenido habrán de figurar los lineamientos, políticas y estrategias generales referentes al ordenamiento territorial de los asentamientos humanos, al desarrollo urbano de los centros de población, al ordenamiento territorial de los asentamientos humanos, a la prevención de impactos negativos en el ambiente urbano y regional derivados de la fundación y desarrollo de los centros de población, a la orientación de la inversión publica y privada hacia proyectos prioritarios para el desarrollo urbano del país, a las metas generales relativas a la calidad de vida en los centros de población, a los requerimientos globales de reservas territoriales para el desarrollo urbano, así como a los mecanismos e instrumentos financieros para lograr ese desarrollo.

– En materia de desarrollo urbano, el Plan Nacional será aprobado por el Presidente de la República y los planes o programas estatales o municipales de centros de población y sus derivados, serán aprobados por las respectivas autoridades locales, debiendo quedar a consulta del público en las dependencias que los apliquen.

– La participación de los sectores social y privado en la formulación y modificación de los planes o programas de desarrollo urbano será determinada por la legislación estatal de la materia, la cual sujetará la aprobación y, en su caso, la modificación de tales y programas a un procedimiento, conforme al cual la autoridad estatal o municipal competente dará aviso público del inicio del proceso de planeación y formulará el proyecto de plan o programa de desarrollo urbano que difundirá ampliamente, a efecto de que, dentro de un plazo determinado y mediante audiencias publicas a celebrar conforme a un calendario específico, formulen sus observaciones por escrito a la autoridad competente, la cual, fundamentará la respuesta correspondiente mediante la modificación del proyecto o señalando las razones de la improcedencia de sus observaciones, quedando a consulta de los interesados –modificación y respuesta–durante el plazo previsto en la normativa estatal, antes de la aprobación del plan o programa respectivo, mismo que –cumplidas todas sus formalidades–podrá aprobarse y publicarse en el órgano de difusión del gobierno del Estado y en los periódicos de mayor circulación de la entidad federativa o municipio correspondiente y, en su caso, en el bando municipal respectivo.

– Dentro de los plazos previstos por la legislación local, deben ser inscritos en el Registro Público de la propiedad, los planes o programas municipales de desarrollo urbano, de centros de población y sus derivados.

– La exigencia del cumplimiento de los planes o programas de desarrollo urbano, así como la observancia de la Ley General de Asentamientos Humanos y de la legislación estatal de desarrollo urbano, serán de la responsabilidad de las autoridades de la Federación, de las entidades federativas y de los municipios, en la esfera de sus respectivas competencias.

– Los planes o programas de desarrollo urbano deberán atender los criterios generales de regulación ecológica de los asentamientos humanos contenidos en la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y en las normas oficiales mexicanas en materia ecológica.

En lo que a conurbaciones concierne, el capítulo cuarto de la Ley General de Asentamientos Humanos previene:

– La planeación y regulación de manera conjunta y coordinada, por parte de la Federación, las entidades federativas y los municipios respectivos –en el ámbito de sus competencias– del fenómeno de conurbación, siempre que se refiera a dos o más entidades federativas.

– La delimitación de la zona conurbada mediante convenio que celebren la Federación, las entidades federativas y los municipios respectivos, siempre que se refiera a dos o más entidades federativas; convenio que deberá publicarse en el Diario Oficial de la Federación, en los órganos de difusión oficial de las entidades federativas y en un periódico de circulación de la zona conurbada, y que contendrá el compromiso asumido por la Federación, las entidades federativas y los municipios, para planear y regular conjunta y coordinadamente los centros de población conurbados, de conformidad con un programa de ordenación de la zona conurbada; así como la integración y organización de una comisión de conurbación permanente que funcionará como instrumento de coordinación institucional y de concertación de acciones e inversiones con los sectores social y privado, y formulará y aprobará el programa de ordenación de la zona conurbada, cuyo contenido detalla el artículo 24 de la Ley en comentario.

– La aprobación de los programas de ordenación de zonas conurbadas por las comisiones de conurbación correspondientes, dará lugar a que los municipios respectivos, en el ámbito de sus jurisdicciones, determinen en sus planes o programas de desarrollo urbano, las reservas, usos y destinos de áreas y predios.

El capítulo quinto de la Ley General de Asentamientos Humanos vincula la regulación a la propiedad en los centros de población, con la planeación, a efecto de que:

–Los planes o programas municipales de desarrollo urbano determinen las acciones específicas para la conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población, así como establecer la zonificación correspondiente, siempre que el Ayuntamiento expida el Programa de Desarrollo Urbano del centro de población respectivo.

–La legislación estatal de desarrollo urbano establezca las disposiciones para la formulación y aprobación de los planes o programas de desarrollo urbano; (Artículo 32, F. II) y señale para las acciones de crecimiento de los centros de población, las disposiciones para la determinación de la s áreas de reserva para la expansión de dichos centros, que se preverán en los planes o programas de desarrollo urbano.

–Corresponda a los municipios la zonificación de los centros de población ubicados dentro de su territorio, mediante los planes o programas de desarrollo urbano respectivos.

El capítulo sexto de la ley en análisis, se ocupa de las reservas territoriales, y en lo que a planeación toca, dispone que la participación social, en materia de asentamientos humanos, debe

comprender la formulación, modificación, evaluación y vigilancia del cumplimiento de los planes o programas de desarrollo urbano, así como la determinación y control de la zonificación, usos y destinos de áreas y predios de los centros de población.

La Ley General de Asentamientos Humanos tiene por objeto determinar la concurrencia de la Federación, de las entidades federativas y de los municipios, para la ordenación de los asentamientos humanos en el territorio nacional; y entiende por ordenamiento territorial de los asentamientos humanos, el proceso de distribución equilibrada y sustentable de la población y de las actividades económicas en el territorio nacional, cuyo fin es el mejoramiento del nivel y de la calidad de vida de la población, mediante diversas acciones entre las que destacan la estructuración interna de los centros de población y la dotación suficiente y oportuna de infraestructura, equipamiento y servicios urbanos; el ordenado aprovechamiento de la propiedad inmobiliaria en los centros de población; y la regulación del mercado de los terrenos.

En relación con el derecho de la nación a imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, la ley en cita imprime tal carácter a la determinación de provisiones, reservas, usos y destinos de áreas y predios de los centros de población, que figure en los planes o programas de desarrollo urbano; (Artículo 4°) y de conformidad con su artículo 5°, entre otras acciones, considera de utilidad pública:

· La fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población;
· La ejecución de planes o programas de desarrollo urbano;
· La constitución de reservas territoriales para el desarrollo urbano y la vivienda;
· La regularización de la tenencia de la tierra en los centros de población;
· La edificación o mejoramiento de vivienda de interés social y popular;

De conformidad con el artículo 7° de la ley de referencia, corresponden a la Federación, a través de la Secretaría de Desarrollo Social, entre otras atribuciones, las de prever a nivel nacional, las necesidades de reservas territoriales para el desarrollo urbano con la intervención, en su caso, de la Secretaría de la Reforma Agraria, considerando la disponibilidad de agua determinada por la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales, y regular, en coordinación con los gobiernos estatales y municipales los mecanismos para satisfacer dichas necesidades.

En los términos del artículo 8° de la ley en análisis, compete a las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, entre otras atribuciones, las siguientes:

– Legislar en materia de ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y de desarrollo urbano de los centros de población;
– Formular, aprobar y administrar el Programa Estatal de Desarrollo Urbano;
– Autorizar la fundación de centros de población;
– Coordinarse con la Federación, con otras entidades federativas y con sus municipios, para el ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y el desarrollo urbano de los centros de población, y
– Participar en la constitución y administración de reservas territoriales, la regularización de la tenencia de la tierra urbana, la dotación de infraestructura, equipamiento y servicios urbanos de los centros de población.

En tanto que, de acuerdo con el artículo 9° de la Ley General de Asentamientos Humanos, corresponde a los municipios, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, entre otras atribuciones, las de:

– Formular, aprobar y administrar los planes o programas municipales de desarrollo urbano, de centros de población;

– Regular las reservas, usos y destinos de áreas y predios en los centros de población;

– Administrar la zonificación prevista en los planes o programa de desarrollo urbano, de centros de población;

– Proponer la fundación de centros de población:

– Participar en la regulación de las conurbaciones;

– Expedir las autorizaciones, licencias o permisos de uso de suelo, construcción, fraccionamientos, subdivisiones, fusiones, relotificaciones y condominios, de conformidad con las disposiciones jurídicas locales, planes o programas de desarrollo urbano y las reservas, usos y destinos de áreas y predios;

– Participar en la creación y administración de reservas territoriales para el desarrollo urbano.

– Los municipios ejercerán sus atribuciones en materia de desarrollo urbano a través de los cabildos de los Ayuntamientos o con el control y la evaluación de éstos.

Independientemente del régimen jurídico que les corresponda, las áreas y predios de todo centro de población se sujetan a las disposiciones que en materia de ordenación urbana emitan las autoridades competentes con apego a la normativa jurídica aplicable; su fundación requiere decreto expedido por la legislatura de la respectiva entidad federativa, el que determinará la provisión de tierras y definirá su categoría político administrativa; y sólo podrá efectuarse en tierras susceptibles para el aprovechamiento urbano.

La legislación estatal de desarrollo urbano señalará para las acciones de crecimiento de los centros de población, las disposiciones para la determinación de la participación de los municipios en la incorporación de porciones de la reserva a la expansión urbana y su regulación de crecimiento.

Estarán previstos en las legislaciones locales los casos en que no se requiera –o cuando menos se simplifique su trámite–autorización, permiso o licencia para el uso de suelo urbano, construcciones, subdivisiones de terrenos y demás trámites administrativos conexos a los anteriores.

Los terrenos ejidales, comunales y de propiedad federal podrán ser incorporados al desarrollo urbano, a condición de ser necesarios para la ejecución de un plan o programa de desarrollo urbano.

Se condiciona la regularización de la tenencia de la tierra para su incorporación al desarrollo urbano, a que derive de una acción de mejoramiento urbano prevista en el plan o programa de desarrollo urbano aplicable; a que sólo sean beneficiarios de la regularización quienes ocupen un predio y no sean propietarios de otro inmueble en el centro de población de que se trate, sin que nadie se pueda beneficiar con más de un lote y predio cuya superficie no podrá ser mayor de la que determínela legislación y los planes o programas de desarrollo urbano aplicables.

Cuando los predios ubicados en las zonas de reserva determinadas en los planes o programas de desarrollo urbano vayan a ser objeto de enajenación a título oneroso, las entidades federativas y los municipios, tendrán el derecho de preferencia para adquirirlos en igualdad de condiciones, por lo que los propietarios de los predios o, en su caso, los notarios, jueces y autoridades administrativas correspondientes, tendrán obligación de notificarlo a la entidad federativa y al municipio que corresponda, a efecto de que, dentro de un plazo máximo de treinta días naturales, ejerzan su derecho de preferencia.

De conformidad con la Ley General de Asentamientos Humanos, el ordenamiento territorial de los asentamientos humanos, debe tratar de mejorar el nivel y calidad de vida de la población, entre otras acciones, mediante el control de riesgos y contingencias ambientales y urbanos en los centros de población.

Compete a la Secretaría de Desarrollo Social verificar, en coordinación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la sujeción de las acciones e inversiones de las dependencias y entidades de la administración pública federal, a la legislación y planes o programas en materia de desarrollo urbano; así como vigilar las acciones y obras que dichas dependencias y entidades realicen directamente o en coordinación con las entidades federativas y los municipios, o con los sectores social y privado.

A las entidades federativas compete, entre otras atribuciones, imponer medidas de seguridad y sanciones administrativas a quienes infrinjan las normas jurídicas y los programas estatales de desarrollo urbano, en los términos previstos en la legislación local.

Por su parte, los municipios tienen competencia para controlar y vigilar las reservas, usos y destinos de áreas y predios en los centros de población, así como para adoptar medidas de seguridad e imponer sanciones administrativas a los infractores de las normas jurídicas, planes o programas de desarrollo urbano y reservas, usos y destinos de áreas y predios, de conformidad con lo previsto en la legislación local.

En lo concerniente a la ejecución de acciones de conservación y mejoramiento de los centros de población, la legislación estatal de desarrollo urbano debe incluir disposiciones para el control de riesgos y contingencias ambientales y urbanos en los centros de población.

Además de las normas de la Ley General de Asentamientos Humanos relativas al control del desarrollo urbano que acabamos de citar, dicho ordenamiento legal dedica a ese tema su capítulo noveno, conforme al cual:

– Los actos, convenios contratos relativos a la propiedad o cualquier otro derecho relativo al aprovechamiento de áreas o predios, que contravengan la normativa jurídica federal y local de la materia y los planes o programas de desarrollo, no surtirán efectos; lo que significa que no surtirán efectos los permisos, autorizaciones o licencias que infrinjan lo establecido en los planes o programas de desarrollo urbano.

– En consecuencia, los notarios y demás fedatarios públicos, antes de autorizar escrituras de actos, convenios y contratos relativos a la propiedad u otro derecho referente al aprovechamiento de áreas y predios, previa comprobación de la existencia de las constancias, autorizaciones, permisos o licencias expedidas por las autoridades competentes, las que deberán señalarse o insertarse en los correspondientes instrumentos públicos, sin que pueda inscribirse ningún acto, convenio, contrato o afectación en los registros públicos de la propiedad o en los catastros, que contravenga lo dispuesto en la legislación de desarrollo urbano y en los planes o programas de desarrollo urbano.

– Incurren en responsabilidad y por consiguiente serán sancionados de acuerdo a las disposiciones jurídicas aplicables, las autoridades que expidan los planes o programas municipales de desarrollo urbano, de centros de población y de los derivados de éstos, si no tramitan oportunamente su inscripción en el Registro Público de la Propiedad que corresponda, así como el titular del mismo que omita efectuarla o lo haga con deficiencia.

– Siempre que se encuentren en proceso construcciones, fraccionamientos, condominios, cambio de uso de suelo u otros aprovechamientos de inmuebles que infrinjan las normas jurídicas de desarrollo urbano o los planes o programas de la materia, quienes residan en el área y

resulten directamente afectados, podrán exigir que se apliquen las medidas de seguridad y sanciones respectivas.

De acuerdo con la Ley General de Asentamientos Humanos, el ordenamiento territorial de los asentamientos humanos, debe tratar de mejorar el nivel y calidad de vida de la población, entre otras acciones, mediante el fomento de centros de población de dimensiones medias.

A efecto de asegurar la disponibilidad de suelo para los diferentes usos y destinos que determinen los planes o programas de desarrollo urbano y garantizar el cumplimiento de los mismos, la Federación, por conducto de la Secretaría de Desarrollo Social, suscribirá acuerdos de coordinación con las entidades de la administración pública federal, las entidades federativas y los municipios y, en su caso, convenios de concertación con los sectores social y privado, en los que, entre otros aspectos, se precisarán:

–Las acciones e inversiones a que se comprometan la Federación, la entidad federativa, los municipios y, en su caso, los sectores social y privado;

– Los mecanismos para articular la utilización de suelo y reservas territoriales y, de ser necesaria, la regularización de la tenencia de la tierra urbana, con la dotación de infraestructura, equipamiento y servicios urbanos;

–Las medidas que den lugar al aprovechamiento de áreas y predios baldíos que cuenten con infraestructura, equipamiento y servicios urbanos.(Artículos 40 y 41)

Independientemente de las normas de la Ley General de Asentamientos Humanos relativas al control del desarrollo urbano a las que nos acabamos de referir, dicho ordenamiento legal dedica a ese tema su capítulo octavo, conforme al cual, la Federación, las entidades federativas y los municipios fomentarán la coordinación y la concertación de acciones en inversiones entre los sectores público, social y privado para la canalización de inversiones en reservas territoriales, infraestructura equipamiento y servicios urbanos; la satisfacción de necesidades complementarias en esos rubros, generadas por las inversiones y obras federales; el fortalecimiento de las administraciones públicas estatales y municipales para el desarrollo urbano; y la aplicación de tecnologías que protejan al ambiente, reduzcan el los costos y mejoren la calidad de la urbanización.

De acuerdo con su artículo 1°, La Ley General de Asentamientos Humanos tiene por objeto establecer las bases organizacionales para que la Federación, las entidades federativas y los municipios, concurran en la ordenación y regulación de los asentamientos humanos; así como emitir las normas básicas para la planeación y regulación de los asentamientos humanos y la fundación y desarrollo de los centros de población; fijar los principios para determinar las provisiones, reservas, usos y destinos de áreas y predios en los centros de población; y definir las bases para la participación social en esta materia.

En los términos del artículo 6° de la Ley General de Asentamientos Humanos, la Federación, las entidades federativas y los municipios ejercerán de manera concurrente, en el ámbito de sus respectivas competencias, las atribuciones asignadas al Estado en las materias de ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y de desarrollo urbano de los centros de población.

En la normativa jurídica local deberán estar previstos los casos en que no se requerirá autorización, permiso o licencia para el uso del suelo urbano, así como los casos en que deba simplificarse el trámite respectivo.

A efecto de que la Federación, las entidades federativas y los municipios lleven a cabo acciones coordinadas en materia de reservas territoriales para el desarrollo urbano, la secretaría de Desarro-

llo Social suscribirá acuerdos de coordinación con las entidades de la administración pública federal, las entidades federativas y los municipios, así como convenios de concertación con los sectores social y privado, con base en los cuales, la citada Secretaría promoverá la transferencia, enajenación o destino de terrenos de propiedad federal para el desarrollo urbano, a favor de las entidades de la administración pública federal, de las entidades federativas, de los municipios y de los promotores privados; así como la asociación u otra forma de participación que determinen los núcleos agrarios para aprovechar los terrenos ejidales y comunales para el desarrollo urbano y evitar su ocupación irregular; y promoverá asimismo la adquisición o expropiación de terrenos ejidales o comunales, a favor de la Federación, de los estados y de los municipios.

Compete a la Secretaría de Desarrollo Social promover y apoyar mecanismos de financiamiento para el desarrollo urbano, con la participación de la administración pública federal, de los gobiernos estatales y municipales, de las instituciones de crédito y de diversos grupos sociales.

En su carácter sectorial, el Programa Nacional de Desarrollo Urbano determinará, con sujeción a las previsiones del Plan Nacional de Desarrollo, los mecanismos e instrumentos financieros para el desarrollo urbano.

Uno de los requisitos para la incorporación de terrenos ejidales, comunales y de propiedad federal, al desarrollo urbano, consiste en el planteamiento de esquemas financieros para su aprovechamiento y para la dotación de infraestructura, equipamiento y servicios urbanos.

Tanto la Federación como las entidades federativas y los municipios, están obligados a promover la coordinación y la concertación de acciones e inversiones entre los sectores público, social y privado, para el establecimiento de mecanismos e instrumentos financieros para el desarrollo urbano y el otorgamiento de incentivos fiscales, tarifarios y crediticios, en beneficio del ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y el desarrollo urbano de centros de población.

En coordinación con la Secretaría de Desarrollo Social, la de Hacienda y Crédito Público tomará las medidas adecuadas para evitar que las instituciones de crédito autoricen operaciones que infrinjan la legislación o los planes o programas de desarrollo urbano.

XIV. BIENES PÚBLICOS.

La Ley General de Bienes Nacionales expedida en 2004 determina los bienes que constituyen el patrimonio de la Nación, el régimen de dominio público de los bienes de la Federación y de los inmuebles de los organismos descentralizados de carácter federal, la distribución de competencias entre las dependencias administradoras de inmuebles; las bases para la integración y operación del Sistema de Administración Inmobiliaria Federal y Paraestatal y del Sistema de Información Inmobiliaria Federal y Paraestatal, incluyendo la operación del Registro Público de la Propiedad Federal; las normas para la adquisición, titulación, administración, control, vigilancia y enajenación de los inmuebles federales y los de propiedad de las entidades; as bases para la regulación de los bienes muebles propiedad de las entidades, y la normatividad para regular la realización de avalúos sobre bienes nacionales.

En los términos previstos en la Ley General de Bienes Nacionales, son bienes nacionales:

Los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o substancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depó-

sitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas: los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrogeno sólidos, líquidos o gaseosos; y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el derecho internacional.

Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije derecho internacional; las aguas marinas interiores; las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar; las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional; las de las corrientes constantes o intermitentes y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cauce de aquellas en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de limite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la republica; las de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas, estén cruzados por líneas divisorias de dos o mas entidades o entre la republica y un país vecino; o cuando el limite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la republica con un país vecino; las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional, y las que se extraigan de las minas; y los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fije la ley. las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales y apropiarse por el dueño del terreno, pero cuando lo exija el interés publico o se afecten otros aprovechamientos, el ejecutivo federal podrá reglamentar su extracción y utilización y aun establecer zonas vedadas, al igual que para las demás aguas de propiedad nacional.

La zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial y adyacente a éste, que se extenderá a doscientas millas náuticas, medidas a partir de la línea de base desde la cual se mide el mar territorial. En aquellos casos en que esa extensión produzca superposición con las zonas económicas exclusivas de otros Estados, la delimitación de las respectivas zonas se hará en la medida en que resulte necesario, mediante acuerdo con estos Estados.

La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes.

Los fuertes, los cuarteles, almacenes de deposito y demás bienes inmuebles destinados por el gobierno de la Unión al servicio público o al uso común

Los bienes de uso común a que se refiere el artículo 7 de la Ley a saber:

El espacio aéreo situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el derecho internacional;

Las aguas marinas interiores, conforme a la Ley Federal del Mar;

El mar territorial en la anchura que fije la Ley Federal del Mar;

Las playas marítimas, entendiéndose por tales las partes de tierra que por virtud de la marea cubre y descubre el agua, desde los límites de mayor reflujo hasta los límites de mayor flujo anuales;

La zona federal marítimo terrestre;

Los puertos, bahías, radas y ensenadas;

Los diques, muelles, escolleras, malecones y demás obras de los puertos, cuando sean de uso público;

Los cauces de las corrientes y los vasos de los lagos, lagunas y esteros de propiedad nacional;

Las riberas y zonas federales de las corrientes;

Las presas, diques y sus vasos, canales, bordos y zanjas, construidos para la irrigación, navegación y otros usos de utilidad pública, con sus zonas de protección y derechos de vía, o riberas en la extensión que, en cada caso, fije la dependencia competente en la materia, de acuerdo con las disposiciones legales aplicables;

Los caminos, carreteras, puentes y vías férreas que constituyen vías generales de comunicación, con sus servicios auxiliares y demás partes integrantes establecidas en la ley federal de la materia;

Los inmuebles considerados como monumentos arqueológicos conforme a la ley de la materia;

Las plazas, paseos y parques públicos cuya construcción o conservación esté a cargo del Gobierno Federal y las construcciones levantadas por el Gobierno Federal en lugares públicos para ornato o comodidad de quienes los visiten, y

Los demás bienes considerados de uso común por otras leyes que regulen bienes nacionales.

Los bienes muebles e inmuebles de la Federación;

Los bienes muebles e inmuebles propiedad de las entidades;

Los bienes muebles e inmuebles propiedad de las instituciones de carácter federal con personalidad jurídica y patrimonio propios a las que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos les otorga autonomía, y

Los demás bienes considerados por otras leyes como nacionales.

Los bienes nacionales se sujetan al régimen de dominio público o a la regulación específica que señalen las leyes respectivas.

De conformidad con lo dispuesto por la Ley General de Bienes Nacionales, se sujetan al régimen de dominio público de la Federación:

Los bienes señalados en los artículos 27, párrafos cuarto, quinto y octavo; 42, fracción IV, y 132 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

Los bienes de uso común a que se refiere el artículo 7 de la Ley General de Bienes Nacionales;

Las plataformas insulares en los términos de la Ley Federal del Mar y, en su caso, de los tratados y acuerdos internacionales de los que México sea parte;

El lecho y el subsuelo del mar territorial y de las aguas marinas interiores;

Los inmuebles nacionalizados a que se refiere el Artículo Decimoséptimo Transitorio de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

Los inmuebles federales que estén destinados de hecho o mediante un ordenamiento jurídico a un servicio público y los inmuebles equiparados a éstos conforme a esta Ley;

Los terrenos baldíos, nacionales y los demás bienes inmuebles declarados por la ley inalienables e imprescriptibles;

Los inmuebles federales considerados como monumentos arqueológicos, históricos o artísticos conforme a la ley de la materia o la declaratoria correspondiente;

Los terrenos ganados natural o artificialmente al mar, ríos, corrientes, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional;

Los inmuebles federales que constituyan reservas territoriales, independientemente de la forma de su adquisición;

Los inmuebles que formen parte del patrimonio de los organismos descentralizados de carácter federal;

Los bienes que hayan formado parte del patrimonio de las entidades que se extingan, disuelvan o liquiden, en la proporción que corresponda a la Federación;

Las servidumbres, cuando el predio dominante sea alguno de los anteriores;

Las pinturas murales, las esculturas y cualquier obra artística incorporada o adherida permanentemente a los inmuebles sujetos al régimen de dominio público de la Federación;

Los bienes muebles de la Federación considerados como monumentos históricos o artísticos conforme a la ley de la materia o la declaratoria correspondiente;

Los bienes muebles determinados por ley o decreto como monumentos arqueológicos;

Los bienes muebles de la Federación al servicio de las dependencias, la Procuraduría General de la República y las unidades administrativas de la Presidencia de la República, así como de los órganos de los Poderes Legislativo y Judicial de la Federación;

Los muebles de la Federación que por su naturaleza no sean normalmente sustituibles, como los documentos y expedientes de las oficinas, los manuscritos, incunables, ediciones, libros, documentos, publicaciones periódicas, mapas, planos, folletos y grabados importantes o raros, así como las colecciones de estos bienes; las piezas etnológicas y paleontológicas; los especímenes tipo de la flora y de la fauna; las colecciones científicas o técnicas, de armas, numismáticas y filatélicas; los archivos, las fonograbaciones, películas, archivos fotográficos, magnéticos o informáticos, cintas magnetofónicas y cualquier otro objeto que contenga imágenes y sonido, y las piezas artísticas o históricas de los museos;

Los meteoritos o aerolitos y todos los objetos minerales, metálicos pétreos o de naturaleza mixta procedentes del espacio exterior caídos y recuperados en el territorio mexicano en términos del reglamento respectivo;

Cualesquiera otros bienes muebles e inmuebles que por cualquier vía pasen a formar parte del patrimonio de la Federación, con excepción de los que estén sujetos a la regulación específica de las leyes aplicables, y

Los demás bienes considerados del dominio público o como inalienables e imprescriptibles por otras leyes especiales que regulen bienes nacionales.

De acuerdo con lo establecido por la Ley General de Bienes Nacionales, se consideran bienes de uso común:

El espacio aéreo situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el derecho internacional;

Las aguas marinas interiores, conforme a la Ley Federal del Mar;

El mar territorial en la anchura que fije la Ley Federal del Mar;

Las playas marítimas, entendiéndose por tales las partes de tierra que por virtud de la marea cubre y descubre el agua, desde los límites de mayor reflujo hasta los límites de mayor flujo anuales;

La zona federal marítimo terrestre;

Los puertos, bahías, radas y ensenadas;

Los diques, muelles, escolleras, malecones y demás obras de los puertos, cuando sean de uso público;

Los cauces de las corrientes y los vasos de los lagos, lagunas y esteros de propiedad nacional;

Las riberas y zonas federales de las corrientes;

Las presas, diques y sus vasos, canales, bordos y zanjas, construidos para la irrigación, navegación y otros usos de utilidad pública, con sus zonas de protección y derechos de vía, o riberas en la extensión que, en cada caso, fije la dependencia competente en la materia, de acuerdo con las disposiciones legales aplicables;

Los caminos, carreteras, puentes y vías férreas que constituyen vías generales de comunicación, con sus servicios auxiliares y demás partes integrantes establecidas en la ley federal de la materia;

Los inmuebles considerados como monumentos arqueológicos conforme a la ley de la materia;

Las plazas, paseos y parques públicos cuya construcción o conservación esté a cargo del Gobierno Federal y las construcciones levantadas por el Gobierno Federal en lugares públicos para ornato o comodidad de quienes los visiten, y

Los demás bienes considerados de uso común por otras leyes que regulen bienes nacionales.

PANORAMA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN PANAMÁ

CARLOS GASNELL ACUÑA
Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá.
Postgrado en Derecho Administrativo otorgado por la Universidad de Salamanca.
Presidente y consultor de la empresa; Consultoría en Contrataciones Públicas.
Asesor externo de Transparencia Internacional, Capítulo Panamá.
Asesor Legal de la Autoridad de la Región Interoceánica (1998-2004).
Becario del programa Alban de la Unión Europea para estudios de Maestría en Derecho Administrativo y Tributario, Título Propio de la Universidad Complutense de Madrid.

INTRODUCCIÓN

Este esquema general del Derecho Administrativo Panameño, obedece a la oportunidad brindada a mi persona por el coordinador de este proyecto el Doctor Santiago González–Varas Ibáñez, de reseñar en unas cuantas líneas sujetas a parámetros aportados por la coordinación, los antecedentes del derecho administrativo en Panamá y la realidad actual sobre ciertas materias importantes en esta disciplina.

La tarea descriptiva resulta relativamente sencilla; sin embargo, el análisis de las normas ante la falta en Panamá, de una tradición doctrinal en materia de Derecho Administrativo, no lo es.

El desarrollo de temas de Derecho Administrativo en tratados, manuales o revistas especializadas en Panamá, es nulo en algunas materias y escaso y desactualizado en otras, pudiendo rescatarse obras puntuales, como la de Eduardo Morgan Jr., publicada en 1961 y reeditada en 1982 sobre el tema de los Recursos Contencioso Administrativos, aún con plena vigencia y la obra de Javier Sheffer Tuñón (miembro de la comisión redactora de la Ley de procedimiento administrativo aprobada en el año 2000) denominada "El Procedimiento Administrativo en Panamá"

También es necesario resaltar las obras y trabajos de Arturo Hoyos, Rigoberto González, Edgardo Molino Mola, Feliciano Sanjur, Adán Arnulfo Arjona, Jaime Franco, José Antonio Carrasco, las compilaciones de Jorge Fábrega Ponce, entre otros juristas que han contribuido en las últimas décadas a que tengamos una incipiente doctrina en materia administrativa. Ruego me disculpen si se me ha escapado alguna obra o persona que haya realizado escritos o realizado algún aporte importante sobre temas del Derecho Administrativo.

De igual manera son destacables, artículos publicados en revistas jurídicas como la revista Lex del Colegio Nacional de Abogados, el Semanario Jurídico y Empresarial de Sistemas Jurídicos S.A., y en revistas editadas en la Universidad de Panamá, por estudiantes; como la revista Novum Ius; y sobre todo el esfuerzo y constancia de la Procuraduría de la Administración como ente asesor de la Administración, que en su página electrónica mantenía algunos artículos de doctrina que en el año 2004, se convirtieron en la revista "Administración Pública al día"

En consecuencia, nuestra jurisprudencia en materia administrativa, ante la escasez de las fuentes nacionales se alimenta en gran medida, de la doctrina proveniente de Colombia, Argentina, España, Francia, Italia y Alemania.

No quisiera dejar de mencionar, que esta compilación sobre temas del Derecho Administrativo panameño, fue posible en gran medida, gracias al apoyo de la empresa Sistemas Jurídicos, la cual desde Panamá, me proporcionó una parte importante del material normativo y jurisprudencial que me permitió trabajar desde España.

I. EVOLUCIÓN Y MODELO REGULATIVO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, BASE CONSTITUCIONAL Y CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y FUENTES.

A. Evolución y modelo regulativo de la Administración Pública

Algunos autores han sostenido que si alguna rama del derecho ha tenido un desarrollo particular e importante en el siglo XX en Europa, es el Derecho Administrativo. Afirmación que puede entenderse por la gran cantidad de normas que se dictaron en la mayoría de los países de Europa de una u otra manera impregnando con normas de carácter administrativo casi la totalidad de las actuaciones de los particulares.

Latinoamérica no escapa a esta realidad, produciéndose en el siglo XX, un gran desarrollo normativo en materia administrativa y específicamente a partir de la década de los setenta una proliferación de leyes de procedimiento administrativo, la mayoría por influencia de la Ley de Procedimiento Administrativo Española de 1958, algunas modificando o compilando las normas existentes, otras creando una nueva Ley de procedimiento administrativo tal como lo ha documentado Brewer Carías[1]. Panamá se subió a este tren, expirado el siglo XX, aprobando por primera vez, en julio de 2000, su primera Ley de Procedimiento Administrativo.

Durante los primeros años de la República, luego de nuestra separación de Colombia en 1904 y una vez aprobada la Constitución de 1904, se adopta el modelo de administración centralista con independencia de poderes y autonomía provincial y municipal muy limitada. La Ley 37 de 1904, autorizó al Poder Ejecutivo el nombramiento de una comisión permanente para la aprobación de los Códigos Nacionales, sin embargo esta iniciativa no prosperó hasta 1913. En este lapso, se aplicaron en Panamá leyes de carácter administrativo, aunque cónsonas con la Constitución de 1904, heredadas de la tradición jurídica colombiana, entre otras leyes aprobadas por la Asamblea Nacional.

En 1913, luego de diez años de vida republicana, bajo el gobierno de Belisario Porras, se designan las comisiones codificadoras, una de las cuales diera nacimiento al Código Administrativo. Resulta pertinente transcribir parte del mensaje del presidente Belisario Porras, dirigido a los señores diputados con motivo de la presentación del resultado de la comisión codificadora, en 1916:

".....Una nacionalidad naciente tiene, pues la obligación primordial de definir y garantizar los derechos y deberes de los ciudadanos, y para ello es preciso emprender la labor legislativa, para cristalizarla luego en una legislación que responda satisfactoriamente a las necesidades individuales y colectivas.

.....

No era imposible proseguir aferrados al tradicionalismo jurídico colombiano y pretender administrar justicia por medio de cartabones antiguos, mohosos y de prácticas ineficaces, dilatorias o contraproducentes. Era preciso iniciar nuevas tareas y vaciar nuestra legislación sobre nuestras propias costumbres y sobre nuestras legítimas necesidades...."

En la exposición de motivos del Código Administrado Panameño de 1916, se destaca lo siguiente:

[1] **Brewer-Carías**, Allan R. Principios del Derecho Administrativo en América Latina, Legis S.A., ediciones, Bógotá, 2003, pág. IXL

"No hay leyes cuya codificación se haga más imperiosa que las leyes administrativas. Son éstas las que más generalmente necesitan conocer empleados públicos y particulares, poco familiarizados con el derecho, y por tanto, cuando esas leyes se hallan diseminadas en distintos volúmenes y unas han sido derogadas y otras reformadas, se hace imposible su aplicación.

Desde 1870, no se ha hecho en el istmo ninguna codificación de las leyes administrativas, y por consiguiente las dificultades que dejamos apuntadas existen en el país con grave perjuicio para los asociados...."

Con estas declaraciones fue aprobado el Código Administrativo de la República de Panamá, que entró en vigor en noviembre de 1918. El Código está dividido en cuatro libros. El libro primero contiene los "asuntos fundamentales" y está dividido en títulos, destinados a regular las siguientes materias: división territorial, censo de población y estadística, nacionalidad y ciudadanía, extranjería y naturalización, elecciones, instrucción pública e imprenta nacional. El libro segundo destinado a la regulación del régimen político y municipal. El libro tercero regulatorio de la policía y el libro cuarto para la regulación de "asuntos varios", entre los que figuraban: personal en el servicio diplomático y consular, correos, inmigración, patentes de invención y marcas de fábrica, fomento, cuerpo de bomberos y servicio civil.

La mayoría de las materias contenidas en estos títulos ha sido actualizada a través de las diferentes constituciones que se han aprobado en la República de Panamá, y en leyes especiales y complementarias. El título sobre policía es uno de los que contiene mayor cantidad de normas vigentes dentro del Código Administrativo.

B. Base Constitucional del Derecho Administrativo.

Panamá se separó de Colombia el 3 de noviembre de 1903. La primera Ley colombiana de lo contencioso-administrativo, fue aprobada en 1904 (Ley 27 de 1904) por lo que puede sostenerse que Panamá durante su periodo de unión a Colombia (1821-1903), no conoció el control jurisdiccional de la administración y este no fue contemplado en la Constitución de 1904. Este dato es importante, porque nuestro país ante la falta de una tutela contra los actos y arbitrariedades de la administración tiene que crear su propia solución jurídica a partir de su realidad como república independiente.

El Código Administrativo aprobado en 1916, no estableció normas claras y detalladas sobre administración pública y procedimiento administrativo. Se limitó en el Título VI (Administración Pública) del libro II (Régimen Político y Municipal) a establecer principios básicos, pero a pesar de la falta de normas de procedimiento administrativo y de una jurisdicción contencioso administrativa, tal como lo señala Eduardo Morgan Jr., "en un régimen liberal no podían quedar los ciudadanos sujetos a las decisiones arbitrarias del órgano o poder administrador, so pretexto de la irresponsabilidad jurídica del Estado"[2].

En consecuencia, tal como lo documenta este autor, en ciertas materias los tribunales ordinarios tenían competencia especial atribuida expresamente en la Ley, como ocurría con los Acuer-

[2] **Morgan Jr.** Eduardo. Los Recursos Contencioso Administrativos de Nulidad y de Plena Jurisdicción en el Derecho Panameño. Editorial Talleres Gráficos, 1982, pág. 29

dos de los Consejos Municipales atacables de ilegalidad ante esta instancia y en cuanto a los actos de la administración pública en general, la Corte Suprema de Justicia, consideró que en ausencia de tribunales especiales de lo Contencioso-Administrativo, correspondía a ella el conocimiento de las acciones que se interpusieran contra dichos actos.

Esta doctrina fue cambiada en una sentencia de 1924. La Corte Suprema de Justicia, en defensa del principio de separación de los poderes, sostuvo que mientras no se estableciera la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, los tribunales de justicia carecen de competencia para conocer de la legalidad de los actos del Poder Ejecutivo; sin embargo, la Corte Suprema en sentencias anteriores y posteriores estableció claramente que el Estado es responsable por los daños que causare a los particulares con sus actuaciones y que estos podían demandar la indemnización correspondiente a través de un juicio ordinario[3].

En la Constitución de 1941, en el título XV relativo a las instituciones de garantía, se establecen los principios que sirven de base a la Ley 135 de 1943, que regula por primera vez en Panamá el Contencioso Administrativo y a la vez se crea un Tribunal de lo Contencioso Administrativo independiente del Poder Judicial. Este tribunal independiente, tuvo su influencia en el Derecho Administrativo Francés, donde el control de la Legalidad de los actos de la administración lo ejerce el Consejo de Estado, que pertenece a la propia administración.

La Constitución de 1946, tal como lo plantea Morgan Jr., salva los errores de apreciación de la institución del contencioso, incurridos por la Constitución de 1941, cambiando el término decidir, por revisar e incluyendo la acción de nulidad como la garantía que puede ejercer cualquier persona contra el acto o norma con inferior jerarquía a la Ley que considere contraviene una norma con rango legal[4].

En 1956 se reforma la Constitución de 1946 y el control de la Legalidad de los actos administrativos ya no será ejercido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el cual será eliminado adscribiéndose sus funciones a la Corte Suprema de Justicia. Esta transformación obedeció a la cada vez mayor injerencia del Ejecutivo en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, lo que trastocó su independencia.

La Constitución de 1972, recoge en su artículo 188, el contenido de la reforma de 1956 a la Constitución de 1946, manteniendo como una atribución constitucional y legal de la Corte Suprema de Justicia, el ejercicio sobre los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten o expidan, en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los servidores públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas, otorgándole amplísimas facultades, lo cual no solamente le permite conocer o revisar los actos provenientes de los funcionarios de la administración, sino los de cualquier autoridad pública, en ejercicio de funciones administrativas, incluso las de la propia Corte Suprema de Justicia, lo cual es considerado por algunos sectores como una falla técnica del sistema.

La Constitución Política de 1972, con todas las reformas adoptadas hasta el 2004, sigue manteniendo el espíritu del artículo 188, no obstante hay una ampliación de las garantías del administrado, incluyéndose dentro del control jurisdiccional de la Sala Tercera de la Corte Su-

[3] **Morgan Jr.** Op Cit., Pág. 31-45
[4] **Morgan Jr**. Op. Cit, pág. 49

prema de Justicia, no solamente los actos, resoluciones y disposiciones, sino también las omisiones y la prestación deficiente o defectuosa de los servicios públicos. De igual modo se sustituye el concepto de acción popular por acción pública, como sustento para interponer la acción de nulidad (recurso objetivo)

Respecto a la Administración Pública, la Constitución Política Panameña, dota al Estado de su esquema organizativo, reconoce que el poder emana del pueblo y lo ejerce el Estado a través de tres poderes, estableciendo las funciones privativas que le corresponden a cada uno, y los que requieren de colaboración y coordinación.

La propia Constitución establece expresamente cuales serán las funciones legislativas, judiciales y administrativas de la Asamblea Nacional. Las legislativas consisten en expedir las leyes necesarias para el cumplimiento de los fines y el ejercicio de las funciones del Estado declarados en la Constitución. Además de expedir, modificar, reformar o derogar los Códigos Nacionales y aprobar todo tipo de leyes, a propuesta de quienes tengan iniciativa legislativa, la Constitución en el artículo 159, establece funciones legislativas específicas sobre temas de administración pública, entre estas:

"Determinar, a propuesta del Órgano Ejecutivo, la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Entidades Autónomas, Semiautónomas, Empresas Estatales y demás establecimientos públicos, y distribuir entre ellos las funciones y negocios de la Administración, con el fin de asegurar la eficacia de las funciones administrativas".

Las legislativas están contempladas en el artículo 160 y se reducen básicamente a conocer de las acusaciones o denuncias que se presenten contra el Presidente de la República y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y juzgarlos, si a ello diere lugar, por actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones en perjuicio del libre funcionamiento del poder público o violatorios de esta Constitución o las leyes.

Las Administrativas, van desde examinar las credenciales de sus propios miembros, dar votos de censura contra los Ministros de Estado cuando estos, a juicio de la Asamblea Nacional, sean responsables de actos atentatorios o ilegales, o de errores graves que hayan causado perjuicio a los intereses del Estado e incluso aprobar, reformar o derogar el decreto de estado de urgencia y la suspensión de las garantías constitucionales, conforme a lo dispuesto en esta Constitución.

De igual modo los poderes ejecutivo y judicial tienen funciones que no son exclusivamente de ejecución o de administración de justicia. Estas funciones administrativas que tienen su amparo en la Constitución se desarrollan a través de normas de Derecho Administrativo y son reguladas por este.

La Constitución Política panameña, regula la Nacionalidad y la Extranjería, Los derechos Fundamentales y Sociales, la Familia, el Trabajo, el Régimen Ecológico y Agrario, los Derecho Políticos, el Régimen Municipal y Provincial, la Hacienda Pública, la Economía Nacional, el Régimen de los Servidores Públicos, además establece los organismos de control y garantía de la mayoría de derechos y funciones.

El Derecho Administrativo, tiene que regular el conjunto de relaciones que van a nacer a partir de todas las instituciones que van realizar funciones administrativas y debe garantizar el ejercicio de los derechos, el control del ejercicio del poder y las relaciones que nazcan entre las diferentes instituciones y los administrados.

C. Concepto de Derecho Administrativo y sistema de fuentes del Derecho Administrativo en Panamá:

El derecho administrativo en Panamá, nace de la necesidad de regular la actuación del Estado, representado por la administración o administraciones, a lo interno y a lo externo en sus relaciones jurídico-administrativas con los administrados. El Código Administrativo de 1916 y todas las normas posteriores que regulan la organización interna de las Administraciones Públicas como entes, distintos del Poder Ejecutivo y del Estado como persona jurídica, diferenciación defendida por García de Enterría[5], y las relaciones con los particulares, nacen como producto de la sujeción de todas las personas, incluido el Estado y las Administraciones Públicas, al Estado de Derecho.

De este modo, el Derecho Administrativo en Panamá, podría conceptualizarse como el conjunto de normas que regula la relación de los órganos del Estado, las dependencias del poder ejecutivo, los organismos descentralizados y demás entes delegatarios de competencias administrativas, en ejercicio de su función administrativa, tanto en su dimensión interna como en las relaciones jurídicas que producen efectos jurídicos de carácter favorable, o desfavorable para los terceros, con la consecuente tutela de estos actos y disposiciones por parte de entes distintos de las administraciones públicas.

En cuanto a las fuentes del Derecho Administrativo, si seguimos el criterio desarrollado por un gran sector de la doctrina administrativa que reconoce el Derecho Administrativo como el derecho de las administraciones públicas en ejercicio de la función administrativa, independientemente del órgano u organismo que la preste, siempre la Constitución será la base de la cual debe partir el estudio de nuestra disciplina.

Las fuentes del Derecho Administrativo, se encuentran en la Constitución Política, en las distintas leyes que dicta el poder legislativo, en los Decretos Leyes y en los reglamentos del poder ejecutivo contenidos en Decretos Ejecutivos (Dictados por el Presidente y el Ministro relacionado con el tema a reglamentar) en las resoluciones, tanto de carácter general en forma de reglamento, como particular en forma de actos administrativos, y a nivel interno, resueltos, ordenes y circulares.

Un papel determinante como fuente de Derecho Administrativo, ante la falta de positivización del procedimiento, lo desempeñaba la jurisprudencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, la Costumbre y los principios Generales del Derecho invocados por esta Sala, como informadores del Derecho Administrativo, teniendo como base el Código Civil panameño. Igual solución integradora plantea Ramón Parada respecto al derecho español, frente a la negación del reconocimiento de la costumbre como fuente del derecho administrativo en Alemania y Francia y el reconocimiento de los principios generales del derecho como fuentes que se han positivizado con el tiempo por el legislador, animado por una doctrina científica muy pendiente del derecho comparado[6].

La Ley 38 de 2000, ley panameña de procedimiento administrativo, establece la jerarquía de las normas en materia administrativa, indicando expresamente que en las decisiones y demás

[5] **García de Enterría**, Eduardo y **Fernández**, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo Tomo I, duodécima edición, Civitas ediciones, 2004, pág. 44-52

[6] **Parada** Ramón. Derecho Administrativo Tomo I, Parte General, decimocuarta edición, editorial Marcial Pons, 2003, Pág. 72-80

actos que profieran, celebren o adopten las entidades públicas, el orden jerárquico de las disposiciones que deben ser aplicadas será: la Constitución Política, las leyes o decretos con valor de Ley y los reglamentos, de igual manera establece expresamente la jerarquía normativa en el ámbito municipal y a nivel de las juntas comunales y juntas locales.

Por otra parte nuestra Adhesión a la Organización Mundial del Comercio en 1997, trastocó parte de la normativa en materia administrativa, generando cambios legislativos importantes.

II. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA, EN ESPECIAL EL ESTADO Y LOS MUNICIPIOS

En Panamá, desde el 3 de noviembre de 1903, se han aprobado cuatro constituciones: 1904, 1941, 1946 y la constitución de 1972, denominada "revolucionaria", por ser el resultado de un golpe de estado militar perpetrado en octubre de 1968.

La Constitución de 1972 sigue vigente a pesar de las modificaciones y reformas parciales que ha sufrido desde la fecha de su aprobación hasta nuestro estadio actual de consolidación de la democracia. La última reforma constitucional parcial fue aprobada en julio por el Acto Legislativo No. 1 de 27 de julio de 2004, teniendo como base el clamor popular que exigía cambios estructurales necesarios para dotar de mayor solidez a nuestro Estado de Derecho.

Algunos sectores de la realidad política consideran que el único medio idóneo para lograr una reforma real que modifique las estructuras básicas de la sociedad panameña, removidas con la constitución de 1972 es la constituyente, posibilidad que no contemplaba la Constitución y que fue introducida en la reforma de 2004, por lo que es posible que la próxima reforma de la Constitución Política, se realice por esta vía.

La Constitución panameña, debido a estas modificaciones y reformas parciales, en su título alcanzó la siguiente denominación, contenida en el Decreto Ejecutivo 672 de 11 de noviembre de 2004, "Por el cual el órgano ejecutivo ordena la publicación del texto único de la Constitución Política de la República de Panamá, reformada por los actos reformatorios de 1978, el Acto Constitucional de 1983, los actos legislativos No 1 de 1993 y No 2 de 1994 y el acto legislativo de No. 1 de 27 de julio de 2004". El texto único, por recomendación de la comisión designada para tal tarea fue aprobado con el siguiente título: "Constitución Política de la República de Panamá".

La reforma contenida en el acto legislativo No. 1 de julio de 2004, incidió en alguna medida, aunque sin mucha profundidad, en la organización de la Administración General del Estado y el Régimen Municipal, como veremos más adelante.

De acuerdo al artículo 1 de la Constitución panameña, la Nación panameña está organizada en Estado soberano e independiente, cuya denominación es República de Panamá, Su gobierno es unitario, republicano, democrático y representativo.

Es un sistema presidencialista, centralista, con división tripartita de los poderes. El Órgano Ejecutivo, está constituido por el Presidente y los Ministros de Estado. El Órgano Legislativo, que de acuerdo a la reforma constitucional de julio de 2004, se denomina Asamblea Nacional (antes Asamblea Legislativa), es unicameral y está constituido por diputados (antes legisladores), electos por votación popular directa.

Antes de la reforma constitucional de 2004, Para poder optar a una curul en la Asamblea Nacional era necesario estar inscrito en un partido político. La modificación permite la libre

postulación a los ciudadanos que cumplan con los requisitos que establece la Constitución y la Ley Electoral, y limita el número de los diputados a 71.

Administrativamente, el país se divide en provincias, distritos y corregimientos. También fueron creadas constitucionalmente las comarcas, que son territorios indígenas, dentro de los cuales estos grupos gozan de la protección de su cultura y de prohibición de apropiación privada de los territorios delimitados, garantizandose de este modo la propiedad colectiva de los mismos.

La máxima autoridad dentro de la provincia, siguiendo la tradición heredada de España, es el Gobernador, el cual tiene reducidas competencias y atribuciones manteniendo la administración central su poder y control sobre la provincia. A pesar de sus limitadas competencias conoce de los recursos de alzada que se presenten en contra de los actos y decisiones adoptadas por el Alcalde.

Dentro del Distrito, la máxima autoridad es el Alcalde, quien tiene su sede de gobierno en el municipio, que representa la organización política autónoma Distrital. El Municipio, tiene sus funciones generales consagradas en la Constitución, más no constituyen competencias exclusivas ni expresas.

Las fuentes de ingreso de las cuales los Municipios, exclusivamente obtendrán los recursos para cumplir con sus fines y competencias se indican expresamente en la propia Constitución.

El artículo 245 de la Constitución indica que son municipales los impuestos que no tengan incidencia fuera del Distrito, pero la Ley podrá establecer excepciones, siempre indicando la debida separación entre las rentas y gastos municipales y nacionales. El artículo 246, de este modo establece cuáles son las fuentes básicas de ingreso municipal, entre los que se destacan las multas, tasas, impuestos y derechos de extracción de recursos naturales.

La reforma de la Constitución de 2004, reforzó la autonomía municipal resaltando al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado con gobierno propio, democrático y autónomo al cual le corresponde prestar los servicios públicos y construir las obras que determine la Ley, además de la ordenación de su territorio, entre otras funciones, poniendo en manos del Ejecutivo la garantía del cumplimiento de estos fines sobre la base de una serie de principios entre los cuales cabe resaltar el de subsidiariedad.

El refuerzo de la autonomía municipal, se cierra con una frase lapidaria: "la Ley establecerá como se descentralizará la administración pública y el traslado de competencias y recursos para el cumplimiento de esta norma". Ahora es responsabilidad de los municipios trabajar coordinadamente para lograr que el ejecutivo se descentralice transfiriendo los medios para que esta descentralización sea efectiva.

III. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

Hasta el año 2000, la república de Panamá no contaba con una ley que regulara el procedimiento administrativo común. El procedimiento administrativo, ante la falta de un procedimiento general, se desarrollaba de acuerdo a las leyes y reglamentaciones de las diferentes instituciones y ante la falta de estas, con los principios del procedimiento judicial (Código Judicial o de Enjuiciamiento Civil) compatibles con el proceso ante la administración y los poderes exorbitantes de la misma. De igual modo el procedimiento estaba informado por la Ley de lo Contencioso Administrativo y la doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo que servía de orientación a la administración para delimitar conceptos y procedimientos.

Como antecedentes legislativos concretos como lo ha reseñado Sheffer en su obra el Procedimiento Administrativo, solamente había normas anacrónicas del Código Administrativo, un apartado de la Ley 135 de 1943, que regula sin profundidad los recursos en la vía administrativa y otras normas inoperantes que regularon el derecho de petición de base constitucional, y otras leyes de los años ochenta (Ley 33 de 1984 y la Ley 20 de 1985), que en su momento introdujeron una serie de principios importantes para el desenvolvimiento de los trámites en los despachos administrativos de las dependencias oficiales, con uniformidad, coherencia, invitando a la economía procesal y ausencia de formalidades para tramitar las peticiones[7].

Cabe resaltar que a diferencia del procedimiento administrativo común, dentro del Código Fiscal, desde la década de los sesenta es posible encontrar normas claras y completas que regulan el procedimiento tributario.Como consecuencia del vacío normativo y siguiendo la corriente latinoamericana de aprobación de leyes de procedimiento administrativo y ante la necesidad imperiosa de contar con un instrumento efectivo ante la arbitrariedad de la administración, a través de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el estatuto orgánico de la Procuraduría de la Administración, y regula el procedimiento administrativo general además de dictar otras disposiciones, la cual se convierte como ya lo indicáramos, en la primera Ley de procedimiento administrativo panameña.

La Ley 38 de 2000 regula la organización interna de la Procuraduría General de la Administración, sus competencias y funciones. En cuanto al procedimiento administrativo general; regula su aplicación directa y supletoria, el derecho de petición y consulta, el tema de la invalidez y revocatoria de los actos administrativos, manejo de expedientes administrativos, las notificaciones y citaciones y un título detallado sobre incidentes y pruebas en el proceso administrativo.

Respecto a los recursos ante la administración, se modifica la fórmula de interposición y la cantidad de los recursos que caben en la vía administrativa, derogando lo que expresaba la Ley de lo Contencioso Administrativo de 1943 que obligaba a interponer en la vía administrativa tanto el recurso de reconsideración (reposición o revocatoria en otras legislaciones) como el de apelación (alzada o jerárquico) de forma subsidiaria, para poder acceder al contencioso. Con la Ley 38 de 2000, además de esta fórmula, se puede interponer uno u otro de forma separada.

Tanto el Recurso de Reconsideración como el de Apelación, por regla general contenida en la Ley 38 de 2000, se conceden en efecto suspensivo, salvo que exista una Ley especial que conceda otro efecto a estos recursos. La Ley 38 de 2000, no contiene normas expresas sobre medidas cautelares ni adicionales sobre el acto ni relacionadas con la suspensión de los efectos más allá de la decisión que decide el recurso en la última instancia de la vía administrativa, por lo que debe entenderse que una vez decidido el recurso de forma desfavorable al administrado, el acto puede ejecutarse en su contra con las consecuencias negativas que esto conlleva, lo cual es valorado por la administración ante la posibilidad de interposición de recursos ante el contencioso-administrativo. Restará a la sala de lo contencioso-administrativo en vía jurisdiccional, decretar si procede la suspensión del acto administrativo.

La nueva Ley de procedimiento administrativo, incorpora a su normativa el recurso de hecho, ante el inmediato superior de la autoridad que denegó la concesión del recurso de apelación o que lo concedió en un efecto distinto al que corresponde y el recurso de revisión administrativa como una alternativa cuando la administración haya incurrido en violaciones expresas.

[7] **Sheffer Tuñon**, Javier. El Procedimiento Administrativo. Editorial Sistemas Jurídicos, S.A. 2002. Pág 38-41

La Ley 38 de 2000, incluye nueve supuestos que podrían servir de sustento al recurso de revisión, entre ellos: carencia absoluta de competencia, falta de oportunidad para presentar o practicar pruebas, entre otras que constituyen un exceso de supuestos, frente a un tratamiento más restringido observado en otras legislaciones como la española, venezolana, costarricense, hondureña y argentina.

La Ley contiene una innovación no siempre usual en materia de técnica legislativa: un glosario que forma parte del articulado, con más de 100 definiciones para entender los conceptos vertidos en la Ley, lo cual puede ser orientador o desorientador dependiendo del contexto. La definición de acto administrativo que contiene la Ley en su numeral primero del artículo 201, es un ejemplo claro de los problemas interpretativos que puede conllevar el conceptuar dentro de la Ley para efectos orientadores o de interpretación. Esto lo analizaremos al desarrollar el tema referente al acto administrativo.

Algunos sectores de la comunidad jurídica panameña, consideran que en cierta medida el procedimiento administrativo se judicializó al trasladar esquemas del Código Judicial o Ley de enjuiciamiento civil al ámbito administrativo, en donde el Estado siempre ha tenido una posición diferente y superior al administrado.

De acuerdo a Jaime Franco cuando se afirma que la Ley 38 de 2000 ha judicializado el proceso administrativo se alude a la introducción de conceptos, figuras jurídicas y términos propios del procedimiento judicial dentro del procedimiento administrativo o gubernativo.

Un ejemplo claro, indica Franco, se observa con la aparición de impedimentos y recusaciones, la aceptación de la acción exhibitoria como medio de aseguramiento de prueba, la sana crítica como principio de apreciación de las pruebas, el desistimiento de la petición, el recurso de revisión, figuras que demuestran la tendencia del legislador a judicializar este procedimiento y que han producido mayor demora en la tramitación de los asuntos administrativos cuando este debe ser un procedimiento sencillo, sin formalidades, que le permita a la Administración Pública revisar sus propias actuaciones a instancia del administrado[8].

Frente a las críticas sobre la judicialización, algunas muy fundadas, la Ley 38 de 2000, representa un gran aporte tendiente a equilibrar el poder del Estado frente al administrado, y atemperar en alguna medida el exceso de discrecionalidad administrativa tan perjudicial para la seguridad jurídica. La práctica determinará las reformas necesarias para convertir el procedimiento en una herramienta para el administrado que no ahogue a la Administración.

IV. ACTO ADMINISTRATIVO, SU EJECUCIÓN, PRINCIPIO DE AUTOTUTELA, LOS RECURSOS EN VÍA ADMINISTRATIVA.

A. Acto Administrativo

El concepto de acto administrativo, antes de la aprobación de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, no se encontraba en ningún cuerpo normativo. En consecuencia para determinar cuando nos

[8] **Franco**, Jaime. La Judicialización del Procedimiento Administrativo, Semanario Jurídico y Empresarial de Sistemas Jurídicos S.A., 9 de octubre de 2004.

encontrábamos frente a un acto administrativo, había que escudriñar en la doctrina contenida en la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema, en el texto de alguna consulta absuelta por la Procuraduría de la Administración como asesora legal de la administración pública, así como en la doctrina contenida en textos de Derecho Administrativo.

El definir el acto administrativo en la doctrina jurisprudencial, era importante principalmente, para efecto de determinar que actos administrativos eran o no, susceptibles de ser revisados en la vía contencioso-administrativa.

Ante la jurisdicción contencioso-administrativa, solamente son recurribles los actos definitivos o que causen estado. El artículo 42 de la Ley 135 de 1943, del capítulo II, del título II, desarrolla lo referente al procedimiento ante el tribunal. Analicémoslo con detenimiento:

Artículo 42. Para ocurrir en demanda ante el tribunal de lo Contenciso-Administrativo es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, lo que se entenderá cuando los actos o resoluciones respectivas no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en los artículos 33, 38, 39 y 41 *(Derogados por el artículo 206 de la Ley 38 de 2000),* o se han decidido, ya se trate de actos o resoluciones definitivas, o de providencias de trámite, si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación.

Esta norma y la jurisprudencia que contenía conceptos sobre todo de la doctrina colombiana, argentina y española, venían a informar a la administración sobre el concepto de acto administrativo, tanto en su dimensión conformadora de una relación jurídica positiva o favorable como negativa o de gravamen.

En Latinoamérica algunas leyes de procedimiento administrativo definen el acto administrativo en su articulado, otras no lo hacen expresamente. La ley uruguaya y la venezolana lo definen desde el punto de vista orgánico, referido a la administración, otras como la colombiana, no lo definen expresamente, sin embargo, el articulado da pie para identificar una definición funcional del mismo vinculada a la función administrativa.

Brewer Carías considera que las definiciones orgánicas son totalmente inconvenientes por conducir a pensar que la Ley de Procedimiento solamente se aplica a la administración pública como organización que ejerce el Poder Ejecutivo, por lo que se inclina por las definiciones funcionales, aunque no sean expresas, que permiten identificar el acto administrativo como las manifestaciones o declaraciones de las entidades, emitidas en ejercicio de funciones administrativas[9].

La Ley de procedimiento administrativo común española, la Ley 30/1992, tampoco contiene un concepto como tal, pero dentro de su articulado se puede extraer cual es la teoría sobre el acto administrativo que respalda (sus elementos y efectos)

La ley 38 de 2000, además de desarrollar a través de su articulado, tal vez a nivel inconsciente, una suerte de teoría del acto administrativo, además desarrolla un concepto de acto administrativo que incluye hasta los elementos del mismo.

El artículo 201, numeral 1, dentro del título denominado "glosario", indica lo siguiente:

Art. 201. Los siguientes términos, utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos conforme a este glosario:

1. Acto Administrativo. Declaración emitida o acuerdo de voluntad celebrado, conforme a derecho, por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del

[9] Op Cit. Pág, 185

Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el derecho administrativo.

Todo acto administrativo deberá formarse respetando sus elementos esenciales:

competencia, salvo que ésta sea delegable o proceda la sustitución; objeto, el cual debe ser lícito y físicamente posible; finalidad, que debe estar acorde con el ordenamiento jurídico y no encubrir otros propósitos públicos y privados distintos, de la relación jurídica que se trate; causa, relacionada con los hechos, antecedentes y el derecho aplicable; motivación, comprensiva del conjunto de factores de hecho y de derecho que fundamentan la decisión; procedimiento, que consiste en el cumplimiento de los trámites previstos por el ordenamiento jurídico y los que surjan implícitos para su emisión; y forma, debe plasmarse por escrito, salvo las excepciones de la Ley, indicándose expresamente el lugar de expedición, fecha y autoridad que lo emite. (Lo subrayado es nuestro)

Esta definición tan abarcadora, de carácter funcional, siguiendo a Brewer Carías, para no caer en equívocos y pensar que toda declaración que no siga al pie de la letra el contenido propuesto por la definición deja de ser un acto administrativo con efectos jurídicos desde que nace y cumple con las formalidades mínimas o es imperfecto y por lo tanto susceptible de ser declarada nulo, debe leerse en conjunto con el título de la ley que desarrolla lo referente a la invalidez de los actos administrativos.

B. Ejecución de los actos administrativos y principio de Autotutela

Los actos administrativos en el derecho panameño gozan de presunción de validez. El artículo 46 de la Ley 38 de 2000, señala expresamente que las órdenes y demás actos administrativos en firme, del Gobierno Central o de las entidades descentralizadas de carácter individual tienen fuerza obligatoria inmediata, y serán aplicados mientras sus efectos no sean suspendidos, no se declaren contrarios a la Constitución Política, a la Ley o a los reglamentos generales, por parte de los tribunales competentes.

Un acto administrativo se considerará firme, cuando luego de notificados los afectados, por mandato de la Ley, ha transcurrido el plazo sin que se hayan interpuesto los recursos ordinarios en vía administrativa, o estos han sido resueltos favorable o desfavorablemente. Los recursos de Reconsideración y Apelación interpuestos en debida forma, suspenden la ejecución del acto administrativo, sin necesidad de entrega de caución por parte del recurrente exigible a criterio de la entidad administrativa, lo cual puede operar en contra de la administración en caso de recursos abiertamente dilatorios, interpuestos con el ánimo de afectar a un tercero o a la propia administración que requiere celeridad y fluidez en el ejercicio de sus funciones.

La Ley 38 de 2000, recoge en su articulado el principio de autotutela de los actos de la administración, relacionado directamente con la ejecución de los actos administrativos. La Administración no requiere de autorizaciones externas para lograr la ejecución forzosa de sus actos. De esta forma, ajustándose a la Ley y al procedimiento administrativo, al igual que otorga una licencia, puede fijar sanciones de ejecución directa sin necesidad de autorización judicial. En Panamá, gran cantidad de entidades administrativas incluso cuentan con una jurisdicción coactiva que les permite dictar medidas cautelares para garantizar la correcta aplicación de los actos administrativos sancionatorios.

Dentro de la propia Ley de Procedimiento Administrativo se incluyen limitaciones al principio de autotutela, como la contenida en el artículo 62 que restringe a las entidades públicas la posibilidad de revocación o anulación de oficio de una resolución en firme, en la que se reconozcan o declaren derechos a favor de terceros, en cuatro supuestos bien definidos en la Ley:

1. Si ha sido emitida sin competencia.
2. Cuando el beneficiario haya incurrido en declaraciones o haya aportado pruebas falsas para obtenerla
3. Si el afectado consiente en la revocatoria
4. Cuando así lo disponga una norma especial

La Ley condiciona el ejercicio de la revocación de los actos administrativos a la opinión de otras instancias, dependiendo de la circunscripción territorial sobre la que la entidad emisora del acto tenga competencia.

La Ley de procedimiento administrativo, no contempla la declaración de lesividad, desarrollada en la legislación española para la anulabilidad de los actos favorables a los particulares, por lo que en caso de existencia de alguna causal que haga anulable un acto en firme, debe procederse a demandar el acto ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa, sin declaración previa.

C. Recursos en la Vía Administrativa

Antes de la aprobación de la Ley 38 de 2000, los recursos administrativos estaban regulados dentro de la Ley 135 de 1943 de lo contencioso-administrativo. Esta Ley en el Título II, artículo 33, preveía la posibilidad de interponer los recursos ordinarios de reconsideración (reposición), ante el funcionario de primera instancia, y el de apelación (alzada o jerárquico) ante el superior inmediato.

El artículo 34, establecía la fórmula para la interposición de los recursos:

"De uno u otro recurso o de ambos, podrá hacerse uso dentro de cinco días útiles a partir de la notificación personal o dentro de los cinco días de fijación del edicto, cuando hubiere lugar a ello"

Esta fórmula de presentar los recursos de forma conjunta (reconsideración y apelación) crea lo que se denomina subsidiariedad. Se presenta el recurso de reconsideración con apelación en subsidio, restando al recurrente solamente sustentar el recurso subsidiariamente interpuesto en caso de denegación del recurso de reconsideración. Esta construcción de la jurisprudencia panameña, interpretó la norma contenida en el artículo 34, en el sentido de obligar al particular a interponer la reconsideración en susidio cuando interponía el recurso de reconsideración, porque de lo contrario no podía apelar, imposibilitándose el agotamiento de la vía administrativa, requisito fundamental para acceder al contencioso-administrativo.

La Ley 38 de 2000, derogó todas las normas de la ley de la jurisdicción contenciosa administrativa reguladoras de los recursos en la vía administrativa e introdujo importantes modificaciones en esta materia. Se eliminó la subsidiariedad de los recursos de reconsideración (reposición) y apelación (alzada), además de la apelación directa, como fórmulas obligatorias para agotar la vía administrativa y acceder al contencioso, permitiéndose la interposición independiente de ambos recursos.

Se introdujo expresamente el recurso de hecho y el recurso de revisión administrativa como recurso extraordinario, de acuerdo al modelo español, pero en un exceso de supuestos como ya lo explicamos al analizar el procedimiento administrativo.

V. LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN

La Contratación Pública como se denomina la Contratación Administrativa en Panamá, no tuvo una legislación independiente hasta el año 1995. Las normas que regulaban la contratación administrativa, se encontraban dentro del Código Fiscal y sus normas reglamentarias (Decretos Ejecutivos, Resoluciones)

Hasta principios de la década de los noventa, las adquisiciones estatales, se realizaban de forma centralizada, manteniendo el Ministerio de Hacienda y Tesoro (hoy Economía y Finanzas) el control sobre el gasto estatal en materia de adquisiciones.

La Ley 56 de 1995, inspirada en la Ley 80 de 1993 (Ley colombiana de Contratación Administrativa), con influencia a su vez en la doctrina administrativa francesa de derecho público (cláusulas exorbitantes) viene a reformar todo el sistema de la Contratación Pública en Panamá, descentralizando el sistema y permitiendo a las diferentes dependencias del Estado programar sus adquisiciones de acuerdo a sus necesidades específicas y su presupuesto, salvo en determinados rubros sobre los cuales el Estado, por razones de control y costo-beneficio, se ha reservado el derecho de realizar una licitación anual centralizada, obligando a cada institución a adquirir determinados bienes, con el contratista favorecido con la adjudicación de esta licitación (rubros como: combustible, útiles de aseo, mobiliario)

El sistema de contratación pública, tiene su base en la Constitución Política. En el artículo 266 indica expresamente que la reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a este o al Municipio, se llevarán a cabo, salvo excepciones contenidas en la Ley, mediante licitación pública.

Las excepciones que permiten al Estado, a través de sus dependencias, contratar directamente, obviando el trámite de la licitación pública y abierta, incluyen quince supuestos contenidos en la Ley de Contratación Pública, entre otros contenidos en leyes especiales, lo que constituye un exceso y abuso respecto al mandato constitucional del artículo 266. Las excepciones a la realización del correspondiente acto público contenidas en la Ley son las siguientes:

1. Los de adquisición o disposición de bienes o su arrendamiento, en los cuales no haya más de un oferente o en aquellos que, según informe técnico oficial fundado, no haya sustituto adecuado.
2. Los que se celebren después de verificados dos actos públicos de selección de contratistas, que se hayan declarado desiertos.
3. Cuando hubiere urgencia evidente que no permita conceder el tiempo necesario para celebrar el acto público de selección de contratista.
4. Cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con urgencias o desastres naturales, previa declaratoria por el Consejo de Gabinete.
5. Los empréstitos y los relacionados con la emisión, la colocación, la redención, el canje o la renegociación de valores debidamente autorizados.
6. Los contratos autorizados o regulados por ley especial.
7. Los que celebre el Estado con los municipios o con las asociaciones de municipios.
8. Los contratos que constituyan simples prórrogas de contratos existentes, siempre que así lo autoricen las autoridades competentes.
9. Aquellos cuyo precio es igual para todo un sector de la actividad, en virtud de uso o prácticas comerciales o tarifas o precios fijados o aprobados por entidades públicas competentes.

10. Los que celebre el Estado con sus instituciones autónomas o semiautónomas, o de éstas entre sí.

11. Las contrataciones realizadas por los municipios y autoridades de comarcas indígenas, para desarrollar obras de inversión pública hasta por la suma de diez mil balboas (B/.10,000.00.

En estos casos, los municipios o autoridades comarcales se sujetarán a los procedimientos administrativos, para la adquisición y disposición de bienes y servicios comunitarios fijados para los consejos municipales y provinciales por la Contraloría General de la República y demás disposiciones que, en materia de control fiscal, le sean aplicables.

12. Los contratos de permuta para adquisición de bienes muebles o inmuebles, previo avalúo correspondiente.

13. Los de arrendamiento o adquisición de bienes inmuebles.

14. Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales o industriales y comerciales estatales y las sociedades de economía mixta.

15. Los actos o contratos que se refieren a obras de artes o trabajos técnicos cuya ejecución sólo pueda confiarse a artistas reputados o a reconocidos profesionales; o los referentes al suministro de bienes y servicios para los cuales, según dictamen técnico oficial, exista un único proveedor o contratista.

En cuanto a las formas de contratación, la Ley diferencia entre Contratación Menor, Solicitud de Precios, Licitación Pública y Concurso. Esta distinción no es realmente de carácter material, obedece en mayor medida a la cuantía de la contratación, salvo en el caso de los concursos donde se sigue un procedimiento de adjudicación distinto. Las particularidades de las fórmulas de adjudicación se pueden describir así:

La Contratación Menor, es el procedimiento de selección de contratista que versa sobre la adquisición de bienes, obras, mantenimiento, reparación de bienes, venta o arrendamientos de bienes y servicios que celebra una entidad pública, cuya cuantía es menor de B/.10,000.00, previo cumplimiento de un procedimiento sumario de selección de contratistas contenido en el manual del Procedimientos Administrativos y Fiscales para los Contratos y Compras Menores, dictado por la Contraloría General en Coordinación con el hoy Ministerio de Economía y Finanzas.

Solicitud de Precios es el procedimiento para la adquisición de bienes, obras o servicios, así como la disposición de bienes, cuando el precio estimado de la convocatoria excede los B/.10,000.00 pero no sobrepasa B/.250,000.00 y se utiliza para hacer más expedito y menos formal el procedimiento, permitiendo en las contrataciones hasta por B/.50,000.00, utilizar órdenes de compra contenidas en formularios que representan el contrato entre la institución y el contratista.

La Licitación Pública viene a ser el procedimiento obligatorio cuando los bienes a disponer o la adquisición de bienes, obras o servicios excede los B/.250,000.00, lo cual conlleva una serie mayor de formalidades a las exigidas para las solicitudes de precios, como la publicación de los avisos solicitando ofertas con mayor antelación, autorizaciones previas y aprobaciones posteriores de entes consultivos, entre otras.

El Concurso es definido por la propia Ley, como el procedimiento de selección de contratista que efectúa el Estado, previa convocatoria, para la contratación de consultorías, prestación de servicios técnicos y servicios personales de especialistas, con independencia del precio oficial.

En el concurso la entidad licitante exige la entrega un primer sobre con la propuesta formal y técnica y los que de acuerdo a una comisión evaluadora cumplan con el 85% de las condiciones,

tendrán derecho a la apertura del segundo sobre que contiene el precio y la fianza de propuesta o garantía de seriedad como se le denomina en otros países. De este modo, puede utilizarse este procedimiento para las compras menores, solicitudes de precios o licitaciones públicas que versen sobre consultorías o prestación de servicios técnicos.

Esta distinción debe ser objeto de reforma. Como están desarrolladas las formas de adjudicación actualmente en la Ley se crea una confusión. Tanto las contrataciones menores, como las solicitudes de precio, son formas de licitación pública, e incluso el Concurso es una forma de licitación pública con connotaciones particulares. En consecuencia, todas las fórmulas deberían tener el nombre genérico de licitación con la característica que las particulariza: "menor", "por concurso"[10].

La ejecución de obras públicas por el sistema de Concesión Administrativa está regulada en un cuerpo normativo distinto al de los contratos típicos del Estado. Esto obedece a las especiales connotaciones que tiene esta fórmula de contratación, relacionadas con el interés público, lo cual permite que todas las obras, así como las mejoras y derechos dimanantes del objeto de la concesión, pasen libres de costo al Estado a la terminación de la concesión.

En función de esta particularidad, se aprueba la Ley 5 de 1988, reguladora del régimen de las concesiones administrativas en Panamá, para la ejecución de obras de interés público, aplicable a la construcción, mejora, mantenimiento, conservación, restauración y explotación de carreteras, autopistas, y otras obras que el Consejo de Gabinete califique como de interés público. Esta Ley contiene un procedimiento de adjudicación distinto con precalificación obligatoria, así como normas sobre beneficios fiscales, caducidad y rescate administrativo de la concesión, que no contempla la Ley de Contratación Pública.

VI. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

La Constitución Panameña, no contiene una norma expresa que haga alusión a la potestad sancionadora de la Administración, sin embargo la Constitución reconoce el principio del "non bis in idem" en materia de faltas administrativas dentro de la garantía al debido proceso, y el artículo 33 de la Constitución, expresa que solamente podrán sancionar sin juicio previo los jefes de la fuerza pública a sus subalternos por faltas disciplinarias y los capitanes de buques y aeronaves para mantener el orden a bordo.

La Corte Suprema de Justicia, ha reconocido en materia administrativa, la garantía del debido proceso contenida en la Constitución, que sirve de garantía para que toda persona sea juzgada por autoridad competente, conforme a los trámites legales y a no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria.

En sentencia de 18 de marzo de 1999, (antes de la aprobación de la Ley 38 de 2000, reguladora del procedimiento administrativo general) la Corte Suprema de Justicia sostuvo lo siguiente:

Si bien ambos son distintos, existe una tendencia a la judicialización del procedimiento administrativo no contencioso, y sobre todo, al procedimiento administrativo sancionador, que con

[10] **Gasnell Acuña**, Carlos. ¿Cómo Contratar Eficientemente con el Estado?, un Análisis Crítico de la Ley 56 de 27 de Diciembre de 1995, que Regula la Contratación Pública en Panamá, Editorial Sistemas Jurídicos, S.A.,2003, Pág 28-29

frecuencia ejerce la Administración Pública en nuestros países. Esta judicialización conlleva crecientemente el reconocimiento del derecho de defensa y, en algunos casos, del mismo debido proceso en el procedimiento administrativo....

Dicho principio incluye en el procedimiento administrativo sancionador aspectos tales como el derecho del administrado a ser oído; a que se le notifique; a ser sancionado por una entidad competente; a que se produzca la contradicción... y sobre todo, la facultad de hacer uso de los medios de impugnación previstos en la Ley 135 de 1943 contra el acto administrativo sancionador...

Considera la Corte debidamente fundada la alegación del representante judicial de los amparistas, pues resultan palmarias las irregularidades mediante las cuales se emitieron los actos impugnados, ya que los documentos contentivos de la actuación de la autoridad demandada, se observa de manera clara, la ausencia de un procedimiento previo a la sanción que les permitiera a los sancionados ser oídos, aportar pruebas en su defensa y contradecir la pretensión punitiva de la administración[11].

La Ley 38 de 2000, a diferencia de la legislación española, no contiene un título dedicado a la regulación de los principios de la potestad sancionadora y del procedimiento sancionador. En consecuencia, a falta de procedimiento especial consignado en norma legal o reglamentaria, se aplicarán los procedimientos y reglas que se le aplican a todos los procesos sujetos al procedimiento general o común.

La facultad de imponer sanciones por las infracciones al ordenamiento jurídico, se encuentran en las leyes que regulan materias específicas. Por ejemplo, la Ley General de Ambiente de la República de Panamá, Ley 41 de 1998, establece sanciones administrativas por infracciones medioambientales:

Artículo 114. La violación a las normas contempladas en la presente Ley, constituye infracción administrativa, y será sancionada por la Autoridad Nacional del Ambiente con multa que no excederá de diez millones de balboas con cero centésimo (B/.10,000,000.00) El monto de la sanción corresponderá a la gravedad de la infracción o reincidencia del infractor, de acuerdo con lo establecido en los reglamentos respectivos.

El Administrador Nacional del Ambiente impondrá multas hasta de un millón de balboas con cero centésimo (B/.1,000,000.00)

Las multas de un millón un balboas (B/.1,000,001.00) a diez millones de balboas (B/ .10,000,000.00), serán impuestas por el Consejo Nacional del Ambiente.

Accesoriamente, la Autoridad Nacional del Ambiente queda facultada para ordenar al infractor el pago del costo de limpieza, mitigación y compensación del daño ambiental, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan.

Esta norma, como muchas dentro de nuestro ordenamiento, no contiene un procedimiento sancionador especial, por lo que se tendrá que seguir el procedimiento administrativo común contenido en la Ley 38 de 2000 y respetarse las garantías al debido proceso contenidas en la Constitución.

[11] Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 18 de marzo de 1999. Amparo de Garantías Constitucionales incoado por Ubaldo Davis vs Ministerio de Gobierno y Justicia)

VII. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.

La Constitución Nacional, obliga al Estado a someterse al principio de estricta legalidad. Sin embargo el desarrollo de la Constitución a través de normas, no impide que se establezca la posibilidad de discrecionalidad administrativa en el tratamiento de determinadas materias que por razones técnicas, es necesario un campo de maniobra cómodo para la administración, siempre dentro del marco de la ley.

La Ley de Procedimiento Administrativo Común española, Ley 30/1992, contiene una norma expresa sobre la motivación como requisito de los actos administrativos, que enumera los tipos de actos que deben contener el elemento motivador, lo cual incluye entre otros supuestos y como garantía protectora de la seguridad jurídica predicada en la Constitución Española, a los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de organismos consultivos, así como los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, además de lo que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa. (artículo 54).

Garrido Falla y José Fernández Pastrana, respecto al ejercicio de potestades discrecionales sostienen que si la motivación puede tener una importancia secundaria en los actos reglados, adquiere especial relieve con los actos discrecionales, donde es exigible un "plus" de justificación en relación con la opción elegida por la administración, con el concreto entendimiento del concepto jurídico indeterminado que haya de interpretar en cada caso, o con la apreciación de los hechos que justificación su decisión[12].

La Ley 38 de 2000, además de mencionar la motivación en la definición de acto administrativo, como elemento del mismo que debe contemplar el conjunto de factores de hecho y de derecho que fundamentan la decisión, indica en su artículo 155 los actos que deben ser motivados, algunos de los cuales, importamos de la legislación española:

1. Los que afecten derechos subjetivos;
2. Los que resuelvan recursos;
3. Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes de idéntica naturaleza o del dictamen de organismos consultivos; y
4. Cuando así se disponga expresamente por la ley.

No se incluye expresamente la obligación de motivar los actos discrecionales. De esta manera observamos leyes como la que regula la contratación pública, donde a pesar del llamado de las normas de la Ley a cumplir con los principios de Transparencia, Economía y Responsabilidad, la discrecionalidad y los poderes exorbitantes en esta materia no parecen entenderse como requeridos de motivación.

Normas como el artículo 48 de la Ley 56 de 1995 sobre Contratación Pública que contempla la "facultad de rechazo" como potestad de la entidad licitante y excepción al principio de irrevocabilidad de los actos administrativos favorables, permiten que "la entidad licitante se reserve el derecho de rechazar una o todas las propuestas, o de aceptar la que más convenga a sus intereses", otorgando a cambio una compensación por los gastos incurridos.

La Ley de Procedimiento Administrativo, olvidó regular expresamente los actos discrecionales. Observamos en el artículo 34, que se invocan principios de buenas prácticas administrati-

[12] **Garrido Falla**, Fernando y **Fernádez Pastrana**, José María. Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudios de la Ley 30/92) Editorial Civitas, S.A., segunda edición, Madrid, 1995, Pág 173, 174

vas, al indicar expresamente que todas las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a las normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa. De igual forma para los funcionarios públicos se contempla el mandato de ajustar sus actuaciones a los principios de lealtad al Estado, honestidad y eficiencia, sin embargo no hay una remisión expresa a la motivación de las actuaciones.

En consecuencia, para obligar a la motivación de los actos discrecionales, habrá que analizar si existe este principio u obligación en la Ley especial, o verificar si con la decisión discrecional se afectan derechos subjetivos para obligar al Estado a la aplicación del artículo 155 de la Ley 38 de 2000, exigiendo la motivación detallada, incluso de los actos discrecionales.

VIII. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y OTROS MODOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, EN ESPECIAL LOS ARBITRAJES.

A. Control judicial de la Administración

Los actos administrativos y las demás expresiones de la potestad reglamentaria, tienen su organismo de control en la jurisdicción contencioso-administrativa. En Panamá, está jurisdicción fue creada a través de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, e indirectamente por el Acto Legislativo No. 2 de 1956 que incorporó la jurisdicción contencioso-administrativa a la Corte Suprema de Justicia, eliminando el tribunal independiente creado en 1943. Desde entonces esta legislación no ha sido revisada, presentando ciertos elementos de excesiva formalidad a pesar de la tendencia de la jurisprudencia a ir eliminando ciertos formalismos en la presentación y sustentación de los recursos.

Ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo; compuesta por tres magistrados, los particulares afectados por el acto, resolución, orden o disposición podrán demandar su revisión e interponer el Recurso de Plena Jurisdicción (subjetivo), siguiendo la denominación acuñada en Francia, con el objeto de lograr la reparación de los derechos subjetivos. Por otro lado, cualquier persona natural o jurídica, incluso extranjera, puede ejercitar la acción popular (Acción de Nulidad) tendiente al control de la legalidad, cuando la administración haya incurrido en "injuria contra derecho"[13].

La Ley 135 de 1943, excluye actos administrativos del control jurisdiccional de la Sala. Expresamente los siguientes:

1. Las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo que tengan origen en un contrato civil celebrado por la Nación o el Municipio. *Distinción que no es contemplada en las nuevas regulaciones sobre contratación pública.*
2. Las resoluciones que se dicten en los juicios de policía de naturaleza penal o civil.

[13] Término introducido con la modificación del artículo 22 de la Ley 135 de 1943, por la Ley 33 de 1946, que guarda relación con la violación a la Ley por parte de la administración.

3. Las correcciones disciplinarias impuestas al personal de la fuerza pública y del cuerpo de policía, excepto cuando impliquen suspensión, postergación para el ascenso o separación del cargo de empleados inamovibles según la Ley.

En cuanto a aspectos procedimentales; para recurrir ante la Sala Tercera de lo contencioso-administrativo es preciso agotar la vía gubernativa o administrativa, salvo cuando la instancia que dicta el acto administrativo es la instancia de mayor jerarquía dentro del ente administrativo.

La norma entiende como agotada la vía administrativa cuando los actos o resoluciones no son susceptibles de los recursos ordinarios que caben en esta vía, o se han decidido, ya se trate de actos o resoluciones definitivas o de providencias de trámite, si estas últimas deciden directamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación.

La Acción de Nulidad es imprescriptible, mientras que la acción encaminada a obtener la reparación de derechos subjetivos a través del Recursos de Plena Jurisdicción prescribe al cabo de dos meses contados a partir de la publicación, notificación o de realizado el hecho o la operación administrativa que el particular considere violatoria de sus derechos y de la Ley.

El procedimiento ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa está rodeado de formalidades exigidas por la propia Ley y por construcciones jurisprudenciales. Además de los requisitos generales de la demanda, para los cuales se exige formalidades especiales respecto al acto impugnado, es necesario, no solamente, indicar la norma o el conjunto de normas que se estimen infringidas con el acto administrativo, o la Ley violentada con la disposición de carácter reglamentario, sino también el concepto de la violación, lo cual se traduce en: violación directa por comisión u omisión, indebida aplicación de la Ley o errónea interpretación.

La Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, podrá declarar la suspensión provisional del acto, resolución o disposición si a su juicio, como lo indica expresamente el artículo 73 de la Ley 135 de 1943, "ello es necesario para evitar un perjuicio notoriamente grave", siguiendo la doctrina del "periculum in mora" y del "fumus bonis iuris", desarrollada ampliamente en la jurisprudencia nacional.

B. El Arbitraje en materia administrativa

El arbitraje como medio excepcional de solución de controversias en los asuntos en que sea parte el Estado, ha sufrido una evolución interesante desde su regulación expresa en un cuerpo normativo distinto al Código Judicial o Ley de Enjuiciamiento Civil, que antes de 1999 regulaba la figura. El Decreto Ley 5 de 1999, norma que regula el arbitraje en Panamá, en su artículo 7, establece la posibilidad de incluir el arbitraje en los convenios que suscriba el Estado, de la siguiente manera:

"Artículo 7. El convenio arbitral, es el medio mediante el cual las partes deciden someter a arbitraje las controversias que surjan, o que puedan surgir entre ellas, de una relación jurídica, sea contractual o no.

Es válida la sumisión a arbitraje acordada por el Estado, las entidades autónomas, semiautónomas, incluso la Autoridad del Canal de Panamá, respecto de los contratos que suscriban en el presente o en lo sucesivo. Igualmente podrán acudir al arbitraje internacional cuando la capacidad del Estado y demás personas públicas resulte establecida por tratado o convención internacional. El convenio arbitral así establecido tendrá eficacia por sí mismo y no requerirá la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de la Nación"

Esta posibilidad recibió su respaldo directo de la Constitución panameña, cuyo artículo 195, No. 4, previo a la modificación de la Constitución Nacional en julio de 2004, establecía como una de las funciones del Consejo de Gabinete (reunión del Presidente, el Vicepresidente y los Ministros de Estado) el acordar con el Presidente de la República que éste pueda transigir o someter a arbitraje los asuntos litigiosos en que el Estado sea parte, para lo cual es necesario el concepto favorable del Procurador General de la Nación.

La Corte Suprema de Justicia en Pleno, en sentencia de 11 de junio de 2003, declaró inconstitucional el párrafo *«El convenio arbitral así establecido tendrá eficacia por sí mismo y no requerirá la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de la Nación»,* contenido en la parte final del segundo párrafo del artículo 7 del Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999, por considerarlo violatorio del numeral 4 del artículo 195 y del artículo 203 de la Constitución que exigía el concepto favorable del Procurador General de la Nación, previa aprobación del Consejo de Gabinete, sin diferenciar entre cláusulas pactadas contractualmente o no.

Ante esta sentencia, que derogó la norma que posibilitaba al Estado, representado por sus instituciones, pactar directamente en sus contratos el arbitraje sin el previo concepto favorable del Consejo de Gabinete (reunión del Presidente y los Ministros de Estado) y el Procurador, se incluyó en la reforma constitucional de 2004, un párrafo al numeral cuarto del artículo 194 de la Constitución (con la reforma artículo 200), indicando expresamente, que "este numeral no se aplicará a los convenios arbitrales pactados contractualmente por el Estado, los cuales tendrán eficacia por si mismos".

Esta solución evita que la cláusula arbitral en los contratos públicos que pacta el Estado con los particulares, requiera del un concepto favorable del Consejo de Gabinete, lo cual en la práctica resultaba incomprensible si observamos que en gran parte de los acuerdos importantes por su cuantía (B/.250,000.00 en adelante y de B/.2,000,000.00 en adelante), se requiere respectivamente del concepto favorable del Gabinete Económico del Gobierno y del Consejo de Gabinete, para su perfeccionamiento, además del refrendo de la Contraloría General de la República, lo cual representa una aceptación de la cláusula por estos entes administrativos.

Otra sentencia que cabe destacar en materia arbitral y que fue dictada con motivo de una demanda de inconstitucionalidad presentada en representación de una empresa concesionaria del Estado, fue la dictada por la Corte Suprema de Justicia el 13 de diciembre de 2001. Esta sentencia declaró inconstitucionales los párrafos primero y tercero del artículo 17 del Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999 que permiten al tribunal arbitral decidir sobre su propia competencia *(principio competence-competence)*

La modificación a la Constitución Nacional contenida en el acto legislativo de julio de1994, entendiendo la importancia del mantenimiento de este principio trastocado por la sentencia de inconstitucionalidad, eleva este principio a rango constitucional. De este modo, El artículo 202 de la Constitución, reconoce expresamente, la facultad de los tribunales arbitrales de conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia.

Solamente resta al Estado la decisión de pactar o no las cláusulas arbitrales en sus contratos y en caso de hacerlo, determinar con claridad el tipo de cláusula arbitral y su alcance. De este modo se evita introducir las denominadas por un sector de la doctrina "cláusulas arbitrales patológicas o incompletas", que no permiten distinguir si la cláusula obliga a la constitución del tribunal arbitral en forma directa para cualquier tipo de controversia o supone la posibilidad de someter las controversias sobre determinadas materias a arbitraje de acuerdo a la voluntad de las partes.

IX. OTRAS TÉCNICAS DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN.

Además de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, existen sobre los actos de la administración, otra serie de controles como el que ejerce la Contraloría General de la República, ente encargado del control del gasto de la administración, la Defensoría del Pueblo y la institución del Habeas Data, las dos últimas elevadas a rango constitucional en el año 2004.

A. Control Previo y Posterior de los Actos de Manejo de Fondos Públicos

Por disposición constitucional, la Contraloría General de la República está facultada para determinar los casos en los cuales ejercerá tanto el control previo como el posterior sobre los actos de manejo de fondos públicos, al igual que aquellos casos donde solamente ejercerá el control posterior. Por ejemplo, La ley 32 de 1984, faculta a la Contraloría a ejercer el control previo sobre la contratación administrativa por la vía del refrendo.

B. La Defensoría del Pueblo

La figura del defensor del Pueblo nace en Panamá a fines de la década de los noventa como resultado de un acto de voluntad política, aprobándose la Ley 7 de 5 de febrero de 1997. En el año 2004, como resultado de las reformas constitucionales, la institución es elevada a rango constitucional adicionándose un capítulo al título III de la Constitución de la siguiente manera:

"Capítulo IX
La Defensoría del Pueblo
Artículo 124-A. La Defensoría del Pueblo velará por la protección de los derechos y las garantías fundamentales consagradas en esta Constitución, así como los previstos en los convenios internacionales de derechos humanos y la Ley, mediante el control no jurisdiccional de los hechos, actos y omisiones de los servidores públicos y actuará para que ellos se respeten".

C. El Habeas Data

La misma suerte que la Defensoría del Pueblo corrió la institución del Habeas Data, originalmente regulada únicamente a nivel legal y posteriormente elevada a rango constitucional en el año 2004.

La Ley 6 de 22 de enero de 2002, "Que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de Hábeas Data y dicta otras disposiciones", contiene en su capítulo II, lo relativo a la libertad de acceso a la información, sobre la cual descansa la acción del Habeas Data, indicando en sus primeros artículos, que toda persona tiene derecho a solicitar sin necesidad de sustentar justificación o motivación alguna, la información de acceso público en poder o conocimiento de las instituciones indicadas en la Ley.

El capítulo V, desarrolla lo referente a la legitimación para promover la acción, los tribunales competentes para conocer de la acción y los requisitos para promoverla, haciendo especial énfasis en la ausencia de formalidades en su trámite.

Rigoberto González en su libro "El Habeas Data", siguiendo la clasificación de Oscar Puccinelli, sostiene que en la Ley 6 de 2002 se regulan tanto el Habeas Data propio como el impropio, es decir, tanto la garantía al acceso a la información o dato personal de quien la reclama, como el que persigue dotar a toda persona que así lo haya solicitado, del acceso a las fuentes de información de carácter público[14].

La Ley 6 de 22 de enero de 2002, fue reglamentada con posterioridad por el Decreto Ejecutivo 124 de 21 de mayo de 2002. El artículo 8 de este decreto, reglamentó el concepto de "persona interesada", trastocando el sentido del acceso a la información de carácter público, al señalar que: "para los efectos del artículo 11 de la Ley 6 de 22 de enero de 2002, es persona interesada aquella que tiene relación directa con la información que solicita"

Esta relación directa fue interpretada por la administración y por un gran número de sentencias de los tribunales que tramitan la acción de Habeas Data, de una manera restringida, negando acceso a la información de carácter público por falta de prueba de la condición de directamente relacionado con la información solicitada. En sentencia de 2004, se rectificó el concepto de "persona interesada" en cuyo espíritu se inspiraba la Ley.

El Decreto Ejecutivo restrictivo fue derogado en septiembre de 2004 y la institución elevada a rango constitucional en ese mismo año como medida de protección de cualquier nuevo abuso, estableciéndose que "toda persona", tiene derecho a solicitar información de acceso público o de interés colectivo que repose en bases de datos o registros a cargo de servidores públicos o de personas privadas que presten servicios públicos siempre que este acceso no haya sido limitado por disposición escrita y por la Ley, y el derecho a promover la acción de Habeas Data para hacer valer el derecho de acceso a la información pública o de acceso libre.

X. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

El Código Administrativo de la república de Panamá aprobado en 1916 no contenía normas expresas sobre responsabilidad administrativa. En la Ley 135 de 1943 de lo Contencioso-Administrativo, a pesar de no encontrarse expresamente regulada la responsabilidad patrimonial de la administración por las lesiones o los daños que cause a los particulares por la acción u omisión en el ejercicio de sus funciones, si hay referencias indirectas sobre la responsabilidad del Estado y su reconocimiento.

En el capítulo que desarrolla el procedimiento ante el tribunal, el artículo 43-A indica en su primer párrafo, lo siguiente:

"Si la acción intentada es la de nulidad de un acto administrativo, se individualizará éste con toda precisión; y si se demanda el restablecimiento de un derecho, deberán indicarse las presta-

[14] **González**, Rigoberto. El Habeas Data. Formato electrónico, 2002. Publicado en la página electrónica de la Defensoría del Pueblo. www.defensoriadelpueblo.gob.pa, Pág. 47-48

ciones que se pretenden, ya que se trate de indemnizaciones o de modificación o reforma del acto demandado o del hecho u operación administrativa que causa la demanda..."

Si bien esta norma es anterior a la constitución vigente, está en directa relación con el artículo 203 de la misma. Este artículo respecto a las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, indica lo siguiente:

1....

2. La jurisdicción contencioso administrativa respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos....A tal fin, la Corte Suprema de Justicia con audiencia del Procurador de la Administración, podrá anular los casos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse perjudicialmente acerca del sentido y alcance de una acto administrativo o de su valor legal.

El artículo 16 de la ley 33 de 1946, era más claro respecto a la responsabilidad administrativa, sin embargo fue derogado y sus normas sobre responsabilidad no fueron reproducidas por la Ley 38 de 2000. Este artículo rezaba lo siguiente:

"La apreciación de las responsabilidades a que haya lugar, ya se trate de las patrimoniales de los funcionarios, o de las principales o subsidiarias del Estado, o de las entidades públicas autónomas o semiautónomas, corresponderá al Tribunal de los Contencioso-Administrativo"

En materia de Responsabilidad Patrimonial del Estado, es necesario distinguir entre la responsabilidad directa del Estado o sus administraciones públicas, lo que engloba la función administrativa que ejercen todos los órganos del Estado y la responsabilidad de los funcionarios que prestan sus servicios al Estado.

Tal y como lo ha sostenido Guimara Aparicio en su investigación sobre la Responsabilidad del Estado a Través de la Jurisprudencia de 10 años (1990-2000), el estudio de la Responsabilidad Patrimonial del Estado resulta complicado por lo disperso de la normativa. En su estudio arribó a las siguientes conclusiones sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, las cuales mantienen vigencia y podemos resumir así:

1. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de las demandas de indemnización contra el Estado, en todos aquellos casos en que el daño proviene de un acto administrativo; y cuando se trata de la prestación defectuosa de un servicio público, su competencia es privativa, independientemente que la causa del daño sea un hecho ilícito culposo o delictivo, por lo que en estos casos la competencia no se atribuye en atención a si el hecho generador del daño es una falta, acto administrativo, hecho u omisión, o un delito, sino a la naturaleza de la actividad desarrollada por la administración pública.

2. En los casos de responsabilidad del Estado derivada de delito, la misma es subsidiaria en atención al artículo 126 del Código Penal, tal como se señaló en las resoluciones del Pleno de 12 de agosto de 1994 y según criterio de la Sala Penal de la Corte Suprema de 23 de agosto de 1999. También se determinó que esta responsabilidad civil derivada de delito, puede exigirse ante la jurisdicción penal como ante la jurisdicción civil, por ser aplicable a estos casos los artículos 119 y 120 del Código Penal, los cuales consagran una competencia preventiva.

3. Nuestra ley civil reconoce expresamente la responsabilidad del Estado, cuando un funcionario público en ejercicio de sus funciones y a quien propiamente corresponde la gestión practicada causa daño a un administrado (Art. 1645 modificado por Ley No. 18 de 1992). La juris-

prudencia ha determinado que la responsabilidad del Estado de conformidad con el artículo 1645 es directa aunque está incluida entre las responsabilidades por hecho ajeno.

XI. EL SERVICIO PÚBLICO, LOS MERCADOS DE INTERÉS GENERAL (LIBERALIZACIÓN, PRIVATIZACIÓN, REGULACIÓN) Y SU RÉGIMEN DE COMPETENCIA.

La Constitución panameña, en el artículo 282, dentro del título correspondiente a la "Economía Nacional", contiene los principios regulatorios de las empresas de utilidad pública. Se indica expresamente, que el Estado creará por medio de entidades autónomas o semiautónomas o por otros medios adecuados, empresas de utilidad pública y que asumirá cuando fuese necesario al bienestar colectivo y mediante expropiación e indemnización, el dominio de las empresas de utilidad pública pertenecientes a particulares, si en cada caso lo autoriza la Ley.

Relacionado con este artículo, el 286 indica que el Estado promoverá la creación de empresas particulares y establecerá empresas estatales e impulsará la creación de las mixtas, en las cuales participará el Estado y podrá crear las estatales, para atender las necesidades sociales y la seguridad e intereses públicos.

La noción de servicio público en Panamá, se relativizó con el efecto de la ola de privatizaciones de la década de los años noventa. A través de la Ley 16 de 14 de julio de 1992 con sustento en los citados artículos de la Constitución, se establece y regula el Proceso de Privatización de Empresas, Bienes y Servicios Estatales, hasta ese momento propiedad del sector público o realizados por este sector.

Los servicios públicos prestados directamente por el Estado, como la telefonía y el suministro de energía eléctrica, sufrieron un proceso de privatización en la citada década, mientras que la prestación del servicio de agua potable sigue en manos del Estado y es prestado directamente a través de una entidad autónoma denominada Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN)

Mediante la Ley 5 de 1995, se transforma la estructura legal del servicio de telefonía de empresa pública a privada y se le convierte en una sociedad anónima denominada INTEL, S.A. Se faculta al Gobierno Nacional a vender en licitación pública internacional, hasta el 49% de sus acciones, garantizándole al comprador un contrato de concesión para la prestación y explotación del servicio de Telecomunicaciones en exclusividad por cinco (5) años y un contrato de plena administración de la empresa.

Así, el 29 de mayo de 1997, le hicieron efectivo el traspaso de las acciones a CABLE & WIRELESS INTERNACIONAL, quien en el primer acto de la Junta Directiva decide cambiarle el nombre a la empresa de INTEL, S.A. a CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A. El Estado mantiene el 49% de las acciones, estando el restante 2% en manos de los empleados de la empresa prestadora del servicio.

Esta privatización de la telefonía comprendía un contrato de exclusividad total por cinco años para los servicios locales, de larga distancia nacional e internacional, telefonía pública y alquiler de circuitos de voz, entre otros servicios.

En enero del 2003 se inició el mercado de libre competencia de los servicios de telecomunicaciones mencionados y aunque el Ente Regulador de los Servicios Públicos hasta septiembre de

2004 ha otorgado 61 concesiones para operar los servicios de comunicaciones, hasta esta fecha, son 25 los que están operando y se disputan el mercado, prestando servicios tales como telecomunicación básica, local e internacional, terminales de teléfonos públicos y semipúblicos, telefonía móvil celular bandas, sistema de troncales convencionales, busca personas, Internet para uso público y otros servicios[15].

El proceso de liberalización y privatización del servicio eléctrico en Panamá se produce principalmente a partir de la ley 6 de 3 de febrero de 1997, por la cual "Se dicta el marco regulatorio e institucional para la prestación del servicio publico de electricidad". (con anterioridad se dictó la Ley 26 de 29 de enero de 1996, por la cual se crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos, con funciones de control de los operadores del sector)

El esquema utilizado fue la segmentación del antiguo Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación (IRHE), Institución autónoma de Derecho Público integrada verticalmente, que realizaba todas las actividades y tenia asignadas todas las funciones del sector eléctrico en Panamá.

Con la Ley 6 de 1997, se produce la separación de las actividades de generación, transmisión y distribución eléctrica, así como restricciones para desarrollar estas actividades de forma conjunta. La actividad se divide en 4 empresas de generación, una empresa de transmisión y 3 empresas de Distribución.

Todas las empresas se constituyeron como sociedades anónimas con un 100% de acciones estatales. Luego se procedió a la venta del 49% de las acciones de las empresas de generación y distribución a inversores privados, reservándose un porcentaje de acciones para la compra por parte de los trabajadores de estas empresas. La empresa de transmisión hasta la fecha se mantiene como sociedad 100% de propiedad estatal.

Es importante señalar que la participación del sector privado en la prestación del servicio de energía eléctrica se produce a través de la mencionada compra de acciones de las empresas resultantes del IRHE, y a través de concesiones o licencias para nuevas empresas que tengan intención de instalarse en Panamá, como en efecto ha sucedido, sin dejar de mencionar que la Ley permite la posibilidad de que el Estado panameño cree nuevas empresas para operar dentro del sector, en un futuro[16].

Cabe resaltar que la Ley 6 de 1997, amparada por el artículo 284 de la Constitución, en su artículo 3 determina que las actividades privatizadas seguirán formando parte de un servicio público, imponiéndosele requisitos de calidad de servicio, control de tarifas y otras regulaciones sobre elementos importantes de este sector.

Tanto el contrato ley que sirvió de base al servicio público de telefonía como el que sustenta el de electricidad prestados por particulares, están sujetos al control de un ente regulador de los servicios públicos. A este ente le corresponde la función normativa de carácter técnico, de regulación y fiscalización sobre la prestación de los servicios públicos.

El Ente Regulador de los Servicios Públicos creado a través de la Ley 26 de 29 de enero de 1996 tiene sus competencias bien delimitadas. Se le otorga el poder de regular y controlar la

[15] Informe sobre las Telecomunicaciones en Panamá preparado por Doris Nieto. Contraloría General de la República. Septiembre de 2004.

[16] Rivera S. Jorge. El Mercado Mayorista de Electricidad en Panamá, Tesis de Grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho y Ciencias Política, Universidad de Panamá. 2003, pág. 11-14.

prestación de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable, alcantarillado sanitario, electricidad, telecomunicaciones, radio y televisión, así como la transmisión y distribución de gas natural, sin perjuicio que una Ley especial incluya dentro de la categoría de servicio público bajo su regulación y control otros servicios.

XII. LA FUNCIÓN PÚBLICA.

La Constitución Nacional establece el régimen legal de los Funcionarios Públicos. En el título XI denominado "De los servidores públicos", se establecen los requisitos para acceder a esta condición, limitándola solamente a los ciudadanos panameños, indicando que los servidores públicos se regirán por un sistema de mérito y la estabilidad en sus cargos estará condicionada a su competencia, lealtad y moralidad en el servicio.

En cuanto a los principios básicos de la administración de personal, la Constitución no desarrolló directamente los deberes y derechos de los servidores públicos, ni las reglas básicas para los nombramientos, ascensos, suspensiones, traslados, destituciones, cesantía y jubilaciones, dejando en manos de la Ley el desarrollo de estos importantes aspectos.

El régimen de la función pública en desarrollo del artículo 302 de la Constitución está regulado en la actualidad por la Ley 9 de 20 de junio de 1994 y el Decreto Ejecutivo 222 de 12 de septiembre de 1997 reglamentario de la Ley.

En un informe diagnóstico del 2004, sobre la administración pública panameña y los lineamientos de acción, preparado para la Procuraduría de la Administración[17], se concluyó que uno de los problemas de la Dirección General de Carrera Administrativa (DIGECA) además de estar adscrita a la Presidencia de la República, lo cual le resta autonomía, consiste en que sus avances han sido bastante limitados y concentrados básicamente en el desarrollo de la base normativa del sistema consistente en la elaboración de decretos, resoluciones, reglamentos, procedimientos, guías e instructivos y acciones de apoyo técnico requeridas para la aplicación de esta normativa.

La Dirección General de Carrera Administrativa, ha definido los programas prioritarios para el desarrollo de la carrera administrativa, tales como: clasificación de puestos, remuneraciones, reclutamiento y selección, evaluación del desempeño, capacitación y desarrollo, bienestar del servicio público y relaciones laborales, acciones de personal entre otros, sin embargo, tal como lo sostiene el mencionado informe, el programa más desarrollado es el de clasificación de puestos, siendo escasos los recursos destinados para los demás, así como la voluntad política necesaria para la ejecución de los demás programas.

Es necesaria además, una Ley general de sueldos en la función pública o una política de sueldos a falta de Ley, que sirva de complemento a la Ley de Carrera Administrativa.

Si no se da la ejecución completa de la Constitución a través de la Ley de Carrera Administrativa y su reglamentación, permitiendo que la mayoría de los funcionarios accedan a la función pública por vía de concurso u oposición como se le denomina en otros países, garantizando el profesionalismo de la función pública y la estabilidad de los funcionarios por encima de los

[17] **Armijo** Marianela. Investigación Diagnóstica de la Administración Pública Panameña y Lineamientos de Acción. Informe presentado para la Procuraduría de la Administración, enero de 2004.

vaivenes políticos, seguiremos observando sentencias dictadas por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, del siguiente tenor:

"Luego del análisis de las pruebas integrantes de los expedientes alusivos a este proceso, y de lo alegado por las partes involucradas, la Sala arriba a la conclusión de que no se ha producido ninguna de las infracciones invocadas por la demandante, por las razones que de seguido se detallan.

Ciertamente, le asiste el buen juicio a la señora Procuradora de la Administración al manifestar que la recurrente no ha probado al Tribunal vía los documentos que integran el proceso su pertenencia a la carrera administrativa.

Es claro en este sentido, que para que el afectado por la separación del cargo que ocupa en una institución pública invoque infracciones al ordenamiento que regenta la carrera administrativa, debe acreditar que está amparado por éste; de lo contrario, tales disposiciones no le son aplicables.

Es así, que no existe un documento en el expediente de Nora Stella Barrera Fernández que compruebe que ella accesó al puesto por concurso de méritos y que, ganada la posición, le fue conferido por la Dirección de Carrera Administrativa el correspondiente certificado que la acredita como servidor público de carrera, lo que le conferiría estabilidad en el cargo. De ser así para su destitución, tendrían que observarse una serie de reglas y seguirse un procedimiento, que no son de obligatorio cumplimiento cuando se trata de funcionarios de libre nombramiento y remoción...

Replanteada esta idea, la remoción de la prenombrada no obedece a la comisión o imputación de falta disciplinaria, sino a la potestad discrecional de que goza por virtud de la ley, sin que mediara causa que justificara su destitución, es decir, que ésta no se debió a la aplicación de sanción disciplinaria.

La consecuencia de ello, como esta Sala ha reiterado en numerosas ocasiones, es que el funcionario queda sujeto a la remoción discrecional de la autoridad nominadora, tal como lo prevé el artículo 794 del Código Administrativo, en virtud de la facultad de resolución ad-nutum de la administración, excepto que el servidor público se encuentre amparado por una Ley especial o régimen de carrera administrativa"[18].

XIII. EL URBANISMO, ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y MEDIO AMBIENTE.

A. Ordenación del territorio y urbanismo

El desarrollo normativo en materia de urbanismo y ordenación del territorio, corresponde por mandato de la Ley 9 de 25 de enero de 1973 al Ministerio de Vivienda. Esta Ley crea este Ministerio con la finalidad primordial de establecer, coordinar y asegurar de manera efectiva, la ejecución de una política de desarrollo urbano, con el objeto de dotar al país de una ordenación planificada y sostenible de las ciudades.

[18] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo. Registro Judicial de noviembre de 2002, página 243.

Entre las funciones más importantes del Ministerio de Vivienda relacionadas con el Urbanismo y la Ordenación de territorio se encuentran:

– Implantar y ejecutar los planes de desarrollo urbano y vivienda aprobados por el Órgano Ejecutivo.

– Establecer las normas sobre zonificación, consultando con los organismos nacionales, regionales y locales pertinentes.

– Elaborar los planes de vivienda y desarrollo urbano a nivel nacional, regional y local, y los planes y programas de vivienda rural.

– Proceder al planeamiento y al desarrollo ordenado de las áreas urbanas y centros poblados y formular planes de inversión en obras de uso público con el propósito de provocar un mejor uso en la tierra y la localización adecuada de áreas públicas.

– Levantar, regular y dirigir los planos reguladores, lotificaciones, zonificaciones, urbanizaciones, mapas oficiales, líneas de construcción y todos los demás asuntos que requiera la planificación de las ciudades, con la cooperación de los Municipios y otras entidades públicas.

La Ley le otorga al Ministerio de Vivienda otra serie de competencias que desarrolla el mismo a través de la potestad reglamentaria emitiendo Decretos Ejecutivos de forma conjunta con el Presidente de la República estableciendo Planes Generales de Desarrollo Urbano y posteriormente dictando las normas de zonificación a través de resoluciones preparadas por la Dirección de Desarrollo Urbano del Ministerio.

De este modo, el Ministerio de Vivienda dicta a través de Decreto Ejecutivo 205 de 2000, el Plan de Desarrollo Urbano de las áreas metropolitanas del pacífico y del atlántico, adscrito a la Dirección General de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda, y su reglamento general.

A través de resoluciones, de manera directa, en ejercicio de su potestad reglamentaria, dicta normas sobre zonificación como la Resolución 112-2003; que aprueba el plano de zonificación y las normas de desarrollo urbano para una circunscripción en particular, en este caso el corregimiento de San Francisco, la Resolución 169-2004; que aprueba los códigos de zonificación residenciales para la ciudad de Panamá y otras Resoluciones como la 127-2003, que por su especial connotación reguladora de la zonificación en el Casco Antiguo de la Ciudad de Panamá, incluye normas edificatorias relacionadas con la conservación.

La reforma constitucional de 2004, fortalece la autonomía municipal, indicando de manera expresa que el Estado garantizará la descentralización de funciones públicas y competencias. En consecuencia, la facultad del Municipio para dictarse sus propias normas de desarrollo urbano y de ordenación de su territorio, como ente más en contacto con la comunidad y sus necesidades, se dará en función de la Ley de transferencia de competencias que el Ministerio de Vivienda le otorgue al Municipio.

También existen leyes especiales sobre ordenación del territorio, con fuertes componentes ambientales, producto de la especial situación del área del canal, como la Ley 21 de 1997, que aprueba el Plan Regional para el Desarrollo de la Región Interoceánica y el Plan General de Uso y Conservación del Área del Canal. Esta Ley establece los diferentes usos de suelo dentro de esta área correspondiéndole al Ministerio de Vivienda, otorgar la zonificación correspondiente a las áreas específicas.

B. Medioambiente

La Ley 41 de 1998 crea la Autoridad Nacional del Ambiente como órgano descentralizado, la cual desarrolla la política nacional del medioambiente, y como indica el artículo 3 de la Ley, estas

políticas están constituidas por el conjunto de medidas, estrategias y acciones, establecidas por el Estado, que orientan, condicionan y determinan el comportamiento del sector público y privado, de los agentes económicos y de la población en general, en la conservación, uso, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales y del ambiente.

En su Título IV, "De los Instrumentos para la Gestión Ambiental", la Ley destaca como uno de los instrumentos fundamentales para la gestión ambiental, la Ordenación Ambiental del Territorio, en conjunto con el mecanismo de evaluación del impacto ambiental.

El Plan General Indicativo de Ordenamiento Territorial Ambiental de la República de Panamá, (PIGOT), preparado en el 2003, por consultores internacionales, maneja un concepto distinto de ordenamiento territorial tradicional previsto por el Ministerio de Vivienda por lo que es fundamental la coordinación de ambos planes. El ordenamiento territorial ambiental es entendido como una política del Estado para regular, promover, administrar y gestionar los procesos y efectos de la ocupación y uso del territorio, la localización de actividades económicas y el desarrollo físico –espacial en unidades ambientales georeferenciadas, en un todo armónico con las condiciones y cualidades del medio físico– natural, a fin de lograr los objetivos de mejorar la calidad de vida de la población, potenciar un crecimiento económico sostenible, manejar de manera adecuada los recursos naturales y mejorar la calidad ambiental.

De este modo el ordenamiento territorial pretende ser relevante tanto por lo que se propone en materia socioterritorial y ambiental como por lo que se pretende evitar en cuanto a efectos negativos que impactan la disponibilidad y calidad de los recursos naturales, la base de sustentación ecológica y la calidad de vida de la población.

Este plan reconoce que La política de Ordenación Urbana del Territorio es una política compleja que requiere el concurso de numerosas instituciones del poder público nacional, entre ellas el Ministerio de Vivienda (MIVI), Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN), Ministerio de Obras Públicas (MOP), Ministerio de Salud (MINSA), Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y de instituciones del poder público municipal, entre ellas Alcaldías y Concejos Municipales.

Se recomienda a La Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM) a través del Sistema Interinstitucional del Ambiente proponer un sistema nacional de prospección de usos funcionales para las ciudades. Tales usos deberán estar acordes a las estrategias de desarrollo económico y social planteadas por el MEF. Corresponderá al MIVI y a las autoridades municipales desarrollar los planes urbanísticos correspondientes. Al MOP, garantizar las articulaciones del sistema a través de los modos de transporte más apropiados y al IDAAN la prestación suficiente de los servicios de agua potable y saneamiento.

La Ley 41 de 1998, para proteger las áreas excluidas del desarrollo urbano, crea el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, conformado por todas las áreas protegidas legalmente establecidas, o que se establezcan, por leyes, decretos, resoluciones o acuerdos municipales. La regulación de estas áreas representa un importante mecanismo de control en manos de la Autoridad Nacional del Ambiente, que le permite adjudicar concesiones de administración y concesiones de servicios, a los municipios, gobiernos provinciales, patronatos, fundaciones y empresas privadas que desarrollen proyectos comerciales cónsonos con el medioambiente, de acuerdo con estudios técnicos previos.

El Decreto Ejecutivo 59 de 2000, reglamenta la Ley General de Ambiente de la República de Panamá, regulando detalladamente el proceso de evaluación de impacto ambiental, estableciendo categorías, contenidos mínimos y términos de referencia de los estudios, introducien-

do incluso, un procedimiento administrativo especial para la tramitación de la aprobación de estos estudios.

La Ley establece normas sobre responsabilidad ambiental, que contemplan multas por infracciones administrativas ambientales, con multas hasta por B/.10,000,000.00. La responsabilidad administrativa es independiente de la responsabilidad civil por daños al ambiente, así como de la penal que pudiere derivarse de los hechos punibles o perseguibles. Se reconocen los intereses colectivos y difusos para legitimar activamente a cualquier ciudadano u organismo civil, en los procesos administrativos, civiles y penales por daños al ambiente.

XIV. BIENES PÚBLICOS

La Constitución panameña establece en su título IX, denominado "La Hacienda Pública", específicamente en su capítulo primero; sobre los bienes y derechos del Estado, cuales bienes pertenecen al Estado y son de uso o dominio público.

El artículo 253 de la constitución, incluye dentro de estos bienes:

1. El mar territorial y las aguas lacustres y fluviales, las playas y riberas de las mismas y de los ríos navegables y los puertos y esteros. Todos estos bienes son de aprovechamiento libre y común, sujetos a la reglamentación que establezca la Ley.
2. Las tierras y las aguas destinadas a servicios públicos y a toda clase de comunicaciones.
3. Las tierras y las aguas destinadas o que el Estado destine a servicios públicos de irrigación, de producción hidroeléctrica, de desagües y de acueductos.
4. El espacio aéreo, la plataforma continental submarina, el lecho y el subsuelo del mar territorial.
5. Los demás bienes que la Ley defina como de uso público.

En todos los casos en que los bienes de propiedad privada se conviertan por disposición legal en bienes de uso público (expropiación), indica este artículo en su parte final que el o los propietarios serán indemnizados. El procedimiento se encuentra en el Código Judicial (Ley de Enjuiciamiento Civil)

La Constitución, de igual modo permite, cuando una Ley así lo contemple, la conversión de los bienes de dominio público en bienes patrimoniales del Estado. Este mecanismo se denomina desafectación de bienes de dominio público. El procedimiento se realiza ante el Ministerio de Economía y Finanzas y solamente cabe cuando existan proyectos de comprobada utilidad pública e interés social.

El Código Civil panameño, en desarrollo de la Constitución, define otros bienes como de dominio público como los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras no se otorgue su concesión.

En otras leyes especiales se elevan bienes a la categoría de dominio público, como en la Ley 41 de 1 de julio de 1998, General del Medioambiente, Art. 81 y 62 respectivamente, las cuales señalan que el agua y los recursos naturales son bienes de dominio público.

La Ley 19 de 11 de julio de 1997, Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá, en desarrollo del título constitucional relacionado con el Canal de Panamá, establece en su artículo 3 que el

Canal constituye un patrimonio inalienable de la nación panameña, por lo que no puede ser vendido, ni cedido, ni hipotecado, ni de ningún otro modo, gravado o enajenado. Cabe aclarar, que "El Canal", incluye la vía acuática, así, como sus fondeaderos, atracaderos y entradas, tierras y aguas marítimas, lacustres y fluviales, entre otros bienes anexos.

La Ley que crea la Autoridad de la Región Interoceánica, ente descentralizado encargado de la administración de los bienes (instalaciones militares y complementarias) que revirtieron con el cumplimiento de los Tratados del Canal de Panamá, incluye una serie de bienes ubicados dentro de las áreas revertidas, que no podrán ser objeto de venta, entre ellos: las tierras y edificaciones necesarias para el funcionamiento del Canal de Panamá y las tierras y edificaciones necesarias para el funcionamiento y expansión de los puertos nacionales y las zonas libres.

La Constitución establece otras limitaciones sobre los bienes nacionales. A través del artículo 127, garantiza a las comunidades indígenas la reserva de tierras necesarias y la propiedad colectiva de las mismas para el logro de su bienestar económico y social. Dentro de estas delimitaciones, la constitución prohíbe la apropiación privada de estas tierras. Esta norma sirvió de base para la delimitación comarcal de las más importantes tribus indígenas en Panamá, protegiendo sus territorios.

PANORAMA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL PERU

JORGE DANÓS ORDÓÑEZ[1]

[1] Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el curso de Derecho Administrativo. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Miembro del Instituto Chileno de Derecho Administrativo y del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Actual Jefe del Gabinete de Asesores de la Presidencia del Consejo de Ministros. datit@terra.com.pe

I. EVOLUCIÓN Y MODELO REGULATIVO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, BASE CONSTITUCIONAL Y CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y FUENTES.

1. Base Constitucional del Derecho Administrativo.

En el Perú la Constitución de 1993 no contiene una regulación específica referida a los órganos o entidades que conforman la Administración Pública, porque al igual que su predecesora (la Carta de 1979) se limita a establecer un Capítulo referido a la Función Pública que regula a grandes trazos el régimen de los funcionarios y servidores públicos, es decir del personal que presta servicios a la Administración Pública.

En el proyecto que hacia el año 2002 la Comisión de Constitución del Congreso elaboró con el objeto de realizar una reforma integral de la Constitución, si se contemplaba un Capítulo especial dedicado a establecer el marco constitucional de la Administración Pública en el Perú, aplicable al universo de entidades administrativas, en los niveles nacional, regional y local, por lo que de aprobarse dicho texto se estaría por primera vez singularizando el régimen constitucional de la Administración Pública en el Perú, estableciéndose de manera expresa que su objetivo principal es la gestión de los intereses generales o colectivos que la propia Constitución o el ordenamiento jurídico le encomiendo promover, gestionar, tutelar o garantizar[2].

La única norma que con carácter general formula una caracterización orgánica de la Administración Pública en el Perú, es el artículo I del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27444[3], precepto que a la vez que delimita el ámbito subjetivo de su

[2] La aprobación por el Congreso de la República del referido proyecto de reforma constitucional, en cuya elaboración tuvimos oportunidad de colaborar como asesor de la Comisión de Constitución, ha quedado trunca por razones de oportunidad política. Sobre el Capítulo que contiene dedicado a la Administración Pública hemos realizado un análisis en: "La Constitucionalización de la Administración Pública", publicado en: Revista Peruana de Derecho Público. Administrativo y Constitucional. N° 4. Lima, Enero-Junio 2002, pg. 13.

[3] *Art. I°.- Ámbito de aplicación de la ley*

La presente ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por "entidad" o "entidades" de la Administración Pública:

1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados;
2. El Poder Legislativos;
3. El Poder Judicial;
4. Los Gobiernos Regionales;
5. Los Gobiernos Locales;
6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.

aplicación, determina las entidades que forman parte de la Administración Pública y que por tanto están sujetas a la aplicación de la referida ley.

El citado precepto comprende dentro de la Administración Pública a todas las entidades estatales, ya sea de nivel nacional, regional o local que realicen actividades "en virtud de potestades administrativas", como es el caso de los ministerios, las regiones y las municipalidades, las instituciones públicas descentralizadas, los organismos descentralizados autónomos, los proyectos especiales o cualquier otro tipo de órganos o entidades que formen parte del Poder Ejecutivo, las Regiones o las Municipalidades, así como a los organismos constitucionales autónomos que son entidades estatales que no forman parte de la clásica tríada de poderes (Ejecutivo, Legislativo, Judicial) y que reciben directamente de la Constitución sus caracteres básicos, es decir: su composición, órganos de gobierno y métodos de designación de sus miembros, estatus institucional y competencias, como es el caso de la Contraloría General de la República, la Superintendencia de Banca y Seguros, el Banco Central de Reserva, el Jurado Nacional de Elecciones, y los demás previstos por la Constitución.

Como se puede apreciar, de manera similar que en otros ordenamientos, en el Perú la Administración Pública esta conformada por un conjunto o agregado de organizaciones que constituyen un poder público institucionalizado, forma parte del Estado, pero no sólo del Poder Ejecutivo, porque también esta presente en otros poderes del Estado y en los niveles de Gobierno Regional y Local, así como en los denominados organismos constitucionales.

En el ámbito del Poder Ejecutivo, es decir del Gobierno Nacional, compete a este ejercer el papel director (motor o centro de mando) pero sólo respecto de la Administración Pública a su cargo. La Administración Pública que forma parte del Poder Ejecutivo esta subordinada al Gobierno, lo que no debe significar que este al servicio del partido político de turno, porque su misión institucional debería ser el servicio de la sociedad, del bien común y de los intereses generales, lo cual debería tener como consecuencia que en el futuro una Administración Pública debidamente institucionalizada ("profesionalizada") pueda operar como eventual mecanismo de control interno, o freno, de eventuales excesos por parte del poder político.

En este punto conviene precisar que en el Perú las Regiones y las Municipalidades son entidades públicas no sólo administrativas sino también políticas porque sus autoridades son elegidas mediante sufragio directo, gozan de autonomía política, lo que determina que sus relaciones entre sí y con el Gobierno Nacional se rijan no por el principio de jerarquía, sino por el de cooperación o coordinación, además de ostentar potestades legislativas en su respectiva circunscripción.

También están comprendidos en la relación de entidades consideradas como Administración Pública para la Ley de Procedimiento Administrativo General, los órganos auxiliares de los Poderes Legislativo y Judicial sólo en cuanto realicen actividades materialmente administrativas sujetas al derecho público, como sucede en asuntos de personal, gestión patrimonial y administración financiera, cuando tramitan procedimientos administrativos de licitación, concurso o adjudicación directa para la contratación de obras, adquisición de bienes o servicios, entre otros, o

7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y

8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

como en el caso del Poder Judicial cuando cumple determinadas actuaciones administrativas como la entrega de certificaciones (constancias), etc.

Asimismo, se señala de manera expresa que las personas jurídicas particulares, organizadas bajo el régimen jurídico privado, que prestan servicios públicos o ejercen actividad administrativa, ya se trate en virtud de concesión, delegación o autorización estarán sujetas a las normas de procedimiento administrativo en sus relaciones con otros particulares, tal como sucede en las relaciones entre los concesionarios de servicios públicos y los usuarios de los mismos, que aunque se lleva a cabo entre dos sujetos privados (las empresas concesionarias y los usuarios), al estar de por medio la realización de una actividad legalmente calificada de carácter público dicha relación está en considerable medida reglada por normas de carácter administrativo.

En el mismo dispositivo se establece que las entidades estatales que ejerzan potestades de carácter administrativo estarán indefectiblemente sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo que una norma legal les permita expresamente apartarse del citado régimen de derecho público, regla cuya finalidad es evitar "la huída" del Derecho Administrativo de las entidades públicas, lo que no significa desconocer que en determinados aspectos las entidades administrativas pueden estar sometidas a otras ramas del derecho, pero en cuanto ejercen prerrogativas de poder público el derecho preponderante es precisamente el Derecho Público.

En cuanto a la dimensión institucional y finalista de la Administración Pública como servidora de los intereses generales, dicha orientación esta consagrada en el artículo III del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General, cuando a la vez de establecer la finalidad de la citada ley, señala que corresponde a la Administración Pública servir exclusivamente "a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y (que su actuación se realice) con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general", dispositivo legal que enfatiza la misión institucional de la Administración Pública en orden a la satisfacción de los intereses generales, en armonía con los derechos de los particulares y sometido al ordenamiento jurídico.

Como se señaló al comienzo de este trabajo, aunque la Constitución Peruana no contiene un precepto que regule el régimen de Administración Pública de manera específica, si consagra una serie de principios y reglas que a no dudarlo configuran la base de los aspectos fundamentales del Derecho Administrativo, entre los cuales cabe mencionar:

a) La organización del Gobierno con carácter descentralizado en tres niveles: nacional, regional y local, a cargo del Poder Ejecutivo, de las Regiones y las Municipalidades, que cumplen funciones de orden político y también de carácter administrativo;

b) La vinculación de la Administración Pública a los derechos de la persona consagrados por la Constitución.

c) Los mecanismos de control de la Administración, que comprende (i) los de carácter político a través de los procedimientos parlamentarios de interpelación y censura de ministros, estación de preguntas, comisiones investigadoras, pedidos de información a la Administración Pública, invitaciones a funcionarios públicos, etc.; (ii) los controles de carácter jurídico que se materializan mediante el proceso contencioso administrativo (art. 148°) y los procesos constitucionales de amparo, habeas corpus, de cumplimiento y habeas data para la protección de los derechos fundamentales, o el proceso de acción popular para el control dé la legalidad de las normas reglamentarias (art. 200°); (iii) los controles mediante mecanismos de democracia semidirecta complementarios de la democracia representativa como es el caso de los procesos de consulta popular para la revocación de las autoridades elegidas, remoción de autoridades designadas,

exigencia de rendición de cuentas, iniciativa legislativa popular para proponer dispositivos de ámbito regional y municipal y referéndum para la aprobación de normas legales (arts. 31° y 32°); (iv) los controles a cargo de organismos constitucionales especializados como la Defensoría del Pueblo que supervisa el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía (art. 162°) y la Contraloría General de la República que supervisa la legalidad de la ejecución del presupuesto, de las operaciones de la deuda externa y de los actos de las instituciones sujetas a control (art. 82°).

d) Los mecanismos sobre participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas[4] (art. 2°, num. 5 y arts. 32°, 181°, 197°, 199° y 251°) y el derecho de todo ciudadano para solicitar sin expresión de causa el acceso a la información que obra en poder de la Administración Pública (art. 2°, numeral 5).

e) Las reservas constitucionales para que determinadas actuaciones sólo puedan ser decididas o realizadas por instancias jurisdiccionales, las que a su vez constituyen límites a la actividad de la Administración Pública, en particular a su potestad de autotutela ejecutiva, tal es el caso de la consagración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 2°, num.9), la prohibición de la incautación, intercepción o intervención de las comunicaciones y documentos privados (art. 2°, num. 10), y la prohibición de disolución de personas jurídicas (art. 2°, num. 13), actuaciones que sólo pueden realizarse en virtud de por mandato judicial.

f) Las reglas que disciplinan el rol del Estado y de la Administración Pública en la economía dentro de un sistema de economía social de mercado, entre las que se cuenta el deber de orientar el desarrollo del país, la actividad prioritaria en las áreas de salud, educación, promoción del empleo y seguridad, así como garantizar la prestación de servicios públicos y supervisar su funcionamiento (art.58°), la restricción para que el Estado sólo pueda actuar de manera subsidiaria en la actividad empresarial (art. 60°), el rol de protección de la libre competencia (art. 61°), la protección de los intereses de los consumidores y usuarios (art. 65°), así como el principio de legalidad presupuestaria (art. 77°) conforme al cual la administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente corresponde aprobar al Congreso de la República.

g) Las reglas de producción y jerarquía de las principales fuentes de derecho (art. 51°) que conforman el ordenamiento jurídico - administrativo, tal es el caso de la potestad para aprobar leyes o normas con dicho rango (art. 102°, num. 1), la potestad del Poder Ejecutivo para dictar disposiciones reglamentarias (art. 118° num. 8), la atribución conferida a las Regiones y las Municipalidades para que puedan expedir ordenanzas regionales o municipales (art.246°, num. 6 y 248°), respectivamente, con rango de ley, en su respectiva jurisdicción, así como normas reglamentarias.

h) Se consagra la potestad de expropiación por parte del Estado, la que solo opera por causa de seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley expedida por el Congreso de la República y previo pago en efectivo de por parte del Estado de indemnización justipreciada que compense el precio del bien materia de expropiación (art. 70°), y se establece el régimen básico de los bienes de dominio público (art. 73°) caracterizándoles como inalienables e imprescriptibles, sin perjuicio de

[4] Hemos desarrollado el tema en: "La participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas en el Perú", trabajo presentado como ponencia al III Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo celebrado en la Universidad de la Coruña del 6 al 8 de octubre 2004 dedicado al "Principio de Participación en el Derecho Administrativo Iberoamericano" en homenaje al Profesor Dr. José Luis Meilán Gil.

que pueden ser entregados en concesión a los particulares para su aprovechamiento económico. Asimismo se califica a los recursos naturales como "patrimonio de la nación" (art. 66°).

i) Se consigna un Capítulo específico titulado "Función Pública" que establece los aspectos básicos del régimen jurídico del personal de la Administración Pública, entre los que se cuenta la reserva a ley para regular la carrera administrativa de los servidores públicos (art. 40°), la obligación de presentar declaración jurada de bienes y rentas de los funcionarios o servidores que administran o manejan fondos del Estado (art. 41°), entre otras reglas.

2. Fuentes del Derecho Administrativo.

En cuanto a las fuentes del Derecho Administrativo, sin perjuicio de la regulación constitucional de las principales fuentes del derecho en general acotada anteriormente, en el ordenamiento administrativo peruano el artículo V del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27444[5] consagra un listado ordenado de fuentes bajo el título de "Fuentes del procedimiento administrativo", que no obstante el aparente carácter circunscrito de su ámbito (exclusivamente al procedimiento administrativo) en verdad sistematiza con carácter general las fuentes del derecho para todo el ámbito del Derecho Público.

La necesidad de condensar en un precepto específico las fuentes del procedimiento administrativo se amerita en que las transformaciones operadas en las últimas décadas han determinado el surgimiento de una pluralidad de centros productores de disposiciones administrativas, tal es el caso no sólo de los entes territoriales dotados de facultades normativas como las regiones y los municipios, sino también de diferentes entidades públicas a los que en mayor o menor medida y acierto, las leyes les atribuyen expresamente facultades para dictar disposiciones de carácter reglamentario de mucha gravitación en los derechos y deberes de los particulares, como es el caso de los organismos reguladores de servicios públicos y de concesiones de infraestructura, entre varios otros.

El artículo I del citado artículo V proclama la autonomía del Derecho Administrativo respecto de otras ramas del ordenamiento jurídico, tomando en consideración los caracteres nucleares del mismo.

[5] *Art. V°.- Fuentes del procedimiento administrativo*

1. El ordenamiento jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del Derecho.
2. Son fuentes del procedimiento administrativo:
   - 2.1 Las disposiciones constitucionales
   - 2.2 Los tratados y convenios internacionales incorporados al Ordenamiento Jurídico Nacional
   - 2.3 Las leyes y disposiciones de jerarquía equivalente.
   - 2.4 Los Decretos Supremos y demás normas reglamentarias de otros poderes del Estado.
   - 2.5 Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y reglamentos de las entidades, así como los de alcance institucional o provenientes de los sistemas administrativos.
   - 2.6 Las demás normas subordinadas a los reglamentos anteriores.
   - 2.7 La jurisprudencia proveniente de las autoridades jurisdiccionales que interpreten disposiciones administrativas.
   - 2.8 Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede.
   - 2.9 Los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor, debidamente difundidas.
   - 2.10 Los principios generales del decreto administrativo.

La primera norma de la relación de fuentes es la Constitución[6] que como se sabe no sólo es norma que disciplina al resto de las fuentes sino que también ella misma se configura como fuente del derecho de contenidos sustantivos que obligan al legislador, a los jueces y a la Administración.

En cuanto norma que regula los modos de producción del derecho una de las funciones esenciales de la Constitución consiste en definir el reparto de la capacidad legislativa dentro del ordenamiento, lo que se traduce en una distribución del poder político al interior de la comunidad. La norma constitucional precisa los órganos estatales titulares de potestad normativa (Congreso, Gobierno, Regiones, Municipios, etc.), el procedimiento de elaboración de las normas, los tipos normativos a través de los cuales se expresa la producción legislativa (leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, reglamentos, Ordenanzas, etc.) y los principios de estructuración del ordenamiento en función de los criterios de jerarquía o competencia.

Como fuente plena de derecho la Constitución establece reglas materiales no sólo para el legislador sino mandatos directamente aplicable y vinculantes dirigidos a todos los órganos llamados a aplicar el derecho como la Administración Pública.

La Constitución como norma de aplicación directa significa que su contenido se impone a todos los poderes públicos y a los ciudadanos. Esto es posible debido a que su cumplimiento esta garantizado por el establecimiento de un sistema de jurisdicción constitucional, a cuya cúspide se ubica el Tribunal Constitucional, a quien se le encarga velar por la protección y aplicación de la Constitución.

El carácter normativo de la Constitución determina que todo el ordenamiento deba interpretarse tomando en cuenta, y en lo posible haciendo compatible, con los preceptos constitucionales. La interpretación de las disposiciones jurídico-administrativas debe partir de la Constitución como parámetro interpretativo obligatorio cuyas prescripciones son el contexto necesario para la correcta aplicación de todas las normas jurídicas. El operador del derecho, ya se trate del legislador, el juez, los funcionarios de la Administración Pública o los particulares, deben buscar permanente referencia en los preceptos constitucionales de pautas inspiradoras o directrices orientadoras para fundamentar un razonamiento jurídico.

En lo que respecta a los Tratados y Convenios Internacionales su régimen esta regulado por los artículos 55° al 57° de la Constitución. Se distingue dos tipos de Tratados por razón de la materia, adoptándose el sistema de lista positiva. Para los Tratados cuyo contenido se considera de mayor importancia y que están comprendidos en el artículo 56°[7] se exige aprobación del Congreso, en cambio para los otros cuyo objeto no esta contemplado en el citado precepto se autoriza al Ejecutivo para su celebración sin requerir intervención del Parlamento[8].

[6] He trabajado el tema de fuentes del derecho desde la perspectiva del derecho tributario en: "La incidencia de la nueva Constitución en las fuentes del Derecho Tributario". Publicado en Revista del Foro del Colegio de Abogados de Lima. Año LXXXII. N° I. Lima 1995. pg. 39 y ss.

[7] *Art. 56°.- Los Tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:*

1. Derechos Humanos
2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.
3. Defensa Nacional
4. Obligaciones financieras del Estado.

También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

[8] *Art. 57°.- El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el articulo precedente En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso.*

El artículo 56° de la Constitución tipifica conforme a un criterio material las especies de Tratados Internacionales cuya conclusión exige autorización del Congreso (sistema de lista positiva), bastando en los demás casos que el Presidente de la República de cuenta al Congreso (competencia residual).

Respecto a la calificación para establecer si un Tratado requiere o no la aprobación del Congreso no cabe duda que el protagonismo corresponde en primer lugar al Gobierno, sin embargo el peligro de que por esa vía se sustraiga arbitrariamente algunos Tratados de la preceptiva autorización parlamentaria puede ser atajado por dos caminos: mediante la recalificación que podría efectuar el propio Congreso a propósito de la dación de cuenta insoslayable para el Gobierno, procedimiento que ha sido regulado por el artículo 92° del Reglamento del Congreso, o a través del control de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional (art. 200°, num. 4) el que podrá determinar si se han cumplido los trámites previstos en la Constitución para la formalización de los Tratados Internacionales, cualquiera fuera su especie.

En relación a la posición de los Tratados en el derecho interno es preciso determinar el rango con que tales instrumentos se han de incorporara al ordenamiento jurídico y la forma de solución de las posibles contradicciones entre los Tratados y las restantes fuentes del derecho interno.

Con la Constitución no cabe duda que los Tratados mantienen una relación de subordinación a la ley superior, así se desprende en la regla contenida en el segundo párrafo del artículo 57° conforme al cual los Tratados que afecten disposiciones constitucionales deben ser aprobados por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución y de lo previsto por el numeral 4) del artículo 200° que establece la posibilidad del control de constitucionalidad de los Tratados ante el Tribunal Constitucional.

Las relaciones con otras fuentes del derecho interno, sobretodo con las normas dotadas de rango de ley, con mas complejas- A estos efectos debe distinguirse entre las dos categoría de Tratados a los que aluden los artículos 56° y 57° de la Constitución.

Con respecto a las normas anteriores a la incorporación de los Tratados al derecho nacional no cabe duda que los Tratados que requieren aprobación parlamentaria, a que se refiere el artículo 56° están dotados de plena fuerza activa para modificar, suspender o derogar leyes u otras normas de ese rango.

En cambio, los denominados "Tratados Ejecutivos", contemplados en el artículo 57° que son aprobados por el Gobierno sin intervención del Congreso, carecen de eficacia para modificar o derogar leyes limitando su ámbito de acción a las disposiciones de carácter reglamentario. Esto se desprende de lo previsto por el segundo párrafo del artículo 56° conforme al cual todos los Tratados que incidan sobre una ley o requieran de medidas legislativas para su ejecución, exigen autorización del órgano legislativo.

Con relación a las normas que se dicten o aprueben con posterioridad a la entrada en vigencia de los Tratados, debe resaltarse que todos los Tratados sin excepción ostentan una fuerza pasiva resistente frente a las leyes.

La doctrina esta dividida en cuanto al rango de los Tratados, porque un sector sostiene que los Tratados ocupan una posición superior a la ley, intermedia entre la Constitución y las normas con rango de ley, mientras que para otro grupo de autores la relación no esta determinada por el principio de jerarquía por cuanto los Tratados se ubican en el mismo rango que las leyes. En nuestra opinión los Tratados no ostentan una condición supralegal, pero es indiscutible que en los supuestos de colisión normativa, el Tratado se impone sobre la ley, pero no la deroga ni invalida, sino que suspende sus efectos incompatibles , determinando su inaplicación la que debe

ser decidida por los jueces en ejercicio de la potestad de control normativo difusa prevista por el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución[9].

En cuanto a las leyes hoy en día es evidente que el concepto de "ley" ha dejado de ser univoco porque por voluntad del constituyente existen diversas clases de leyes (ordinarias, orgánicas, el reglamento del Congreso, los decretos legislativos y los decretos de urgencia) aunque no necesariamente tengan un carácter diferente, sino que muchas veces la materia sobre la que versan y los procedimientos de su elaboración son distintos.

En su sentido clásico y formal es ley toda norma aprobada por el Congreso, siguiendo el procedimiento legislativo previsto por la Constitución. En lo que respecta a la iniciativa en la formación de las leyes la Constitución ha considerado dentro del elenco de titulares a los que se confiere potestad para presentar proyectos de ley al parlamento: al Presidente de la República, los Congresistas, los ciudadanos siempre que se acredite el respaldo de cuando menos el cero punto tres por ciento (0,3%) de la población electoral nacional, el Ministerio Públicos, y sobre materias que le son propias los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, las regiones, las municipalidades y los colegios profesionales (art. 107°, 31° y 159° num. 7).

El régimen de las leyes orgánicas esta definido por el artículo 106° de la Constitución[10] que precisa su ámbito competencial. La generalidad de la doctrina esta de acuerdo en que el concepto de ley orgánica se estructura mediante la combinación de dos criterios:

a) Un criterio material conforme al cual la ley orgánica puede versar única y exclusivamente sobre aquellas materias reservadas para su desarrollo por la Constitución, y

b) Un criterio formal, según el cual la aprobación de las leyes orgánicas debe requerir el cumplimiento de exigencias de orden procedimental, tales como la aprobación por mayoría calificada, y la prohibición de delegación de facultades legislativas para expedir este tipo de normas

Si bien la Constitución peruana vigente ha perfilado mejor que sus predecesoras el ámbito competencial de las leyes orgánicas, es evidente que esa selección de las materias reservadas no ha respondido a un criterio homogéneo, especialmente en lo referido a las materias cuya regulación por ley orgánica se halla establecida en forma dispersa por diversos preceptos constitucionales. Mas aún en algunos casos, como sucede en lo relativo a los mecanismos de participación política popular (referéndum, remoción o revocación de autoridades, etc.) y al desarrollo de la estructura y funciones de las Regiones, la reserva a ley orgánica consagrada en los artículos 31° y 198° de la Constitución, respectivamente, significa casi la prórroga de la asignación de la tarea constituyente al Congreso, debido al escaso tratamiento que la propia Constitución dedica a estas materias.

La reserva formal de determinadas materias para ser desarrolladas mediante leyes orgánicas no solo impide que esos temas puedan ser abordados por leyes ordinarias, decretos legislativos o decretos de urgencia, lo que supone evidentes límites para la actuación normativa de los poderes públicos, sino que dado también el carácter excepcional de las leyes orgánicas, no se

[9] Art. 138°.- ....*En todo proceso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de inferior rango".*

[10] *Art. 106°.- Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución.*

Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

permite la extensión de su ámbito a materias ajenas a las previstas constitucionalmente, porque como señala Pérez Royo[11] el sistema democrático se basa en el libre juego de las mayorías por lo que únicamente para algunos supuestos tasados excepcionales la Constitución prevé una democracia de acuerdos basada en mayorías calificadas o reforzadas.

En lo que respecta a otras normas con rango de ley no producidas por el Congreso sino por el Gobierno, como se sabe en el derecho comparado, la tendencia histórica de los regímenes constitucionales contemporáneos s orienta a la ampliación de los poderes normativos del Gobierno. La concepción del principio clásico de separación de poderes ha evolucionado en la medida que el Gobierno ha adquirido legitimidad democrática directa, mas aún en los sistemas presidenciales como es el peruano.

Hoy en día se reconoce el papel preponderante del Poder Ejecutivos en la tarea legislativa, ya sea directamente a través de sus instrumentos normativos (Decretos Legislativos, Decretos de Urgencia, Reglamentos), o por medio de iniciativas legislativas (presentación de proyectos de ley y pedido de su trámite urgente), o interviniendo en el procedimiento legislativo mediante el poderoso instrumento de la observación presidencial de los proyectos aprobados por el Congreso.

Los Decretos Legislativos son normas con rango de ley expedidas por el Poder Ejecutivo en ejercicio de funciones legislativas delegadas por el Congreso de la República. El artículo 104° de la Constitución[12] exige que la delegación de facultades se realice mediante una ley autoritativa que especifique la materia objeto de la delegación y el plazo para ejercerla, que el Presidente de la República de cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente del Congreso de cada Decreto Legislativo que dicte y que tales normas deben ser aprobadas por el Consejo de Ministros (art. 125° num. 2) y refrendadas por el Presidente del Consejo de Ministros (art. 123°).

Asimismo en el citado artículo 104° de la Constitución se establecen expresamente prohibiciones para que ciertas materias no puedan ser objeto de delegación legislativa al Gobierno, institucionalizando por esta vía una verdadera reserva de ley formal al Congreso de manera que las materias consagradas en la segunda parte del numeral 4) del artículo 101° de la Constitución[13] sólo pueden ser objeto de desarrollo legislativo por el Congreso a través del respectivo tipo normativo previsto en la carta Fundamental, estableciéndose interdicción sobre las leyes de comisión, los decretos legislativos y los decretos de urgencia.

La referida "reserva de parlamento" no significa sólo la reserva al órgano legislativo, puesto que también se proscribe la delegación de esas materias a la Comisión Permanente del Congreso, sino principalmente la reserva al procedimiento legislativo parlamentario, dotado de características de contraste, publicidad y libre deliberación que le son propias y que lo diferencian sustancialmente del procedimiento de elaboración normativa gubernamental generalmente desprovisto de debate

[11] En: Las Fuentes del Derecho. Madrid. Editorial Tecnos. 1984. Pg. 64.

[12] *Art. 104°.- El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.*

No pueden delegar las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.

Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos a las mismas normas que rigen para la Ley.

El presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo.

[13] *Art. 101°.- Num. 4) .....No pueden delegarse a la Comisión Permanente materias relativas a reforma constitucional, ni a la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República.*

y publicidad. Como señala el profesor Manuel Aragón[14] de esa forma se garantiza a la minoría parlamentaria su derecho al debate público, consustancial al principio democrático del pluralismo político.

La Constitución en el numeral 19) del artículo 118°[15] también faculta al Poder Ejecutivo para que con carácter extraordinario pueda dictar Decretos de Urgencia con rango de ley siempre que lo requiera el interés nacional, solamente en materias relacionadas con aspectos económicos o financieros. Están sujetos a requisitos formales para su gestación semejantes a los que se comento para los Decretos Legislativos : deben ser aprobados por el Consejo de Ministros (art. 125° num. 2), ser refrendados por el Presidente del Consejo de Ministros (art. 123° num. 3) y finalmente debe darse cuenta de su expedición al Congreso. Por su carácter excepcional para remediar situaciones no previstas los Decretos de Urgencia deberían tener naturaleza estrictamente temporal, pero no siempre se establece el plazo de su vigencia.

Conforme al artículo 91° del Reglamento del Congreso corresponde a la Comisión de Constitución verificar si el Decreto de Urgencia sometido a su escrutinio versa sobre las materias acotadas por la Constitución y se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. En caso la citada Comisión emita un dictamen desfavorable a la constitucionalidad del mencionado Decreto de Urgencia corresponde al pleno del Congreso debatir sobre el referido dictamen y en caso de aprobarlo el Presidente del Congreso lo promulga como ley derogando el Decreto cuestionado.

La potestad del Poder Ejecutivo para dictar reglamentos esta recogida de manera escueta en el numeral 8) del artículo 118° de la Constitución conforme al cual corresponde al Presidente de la República:

"*Ejercer la potestad de reglamentas las leyes, sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones*".

Sin embargo, no obstante que la Constitución atribuye confiere potestad reglamentaria exclusivamente al Presidente de la República, en el ordenamiento jurídico peruano son numerosas las disposiciones legales que encomiendan su desarrollo reglamentario a autoridades y entidades administrativas de menor jerarquía en la organización administrativa. En materia tributaria han sido frecuentes las veces que el Código tributario y otras leyes tributarias han habilitado directamente a la Administración Tributaria para desarrollar aspectos importantes de la tributación mediante reglamentos dictados por su titular. Así sucede también con los organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos y las concesiones de infraestructura de transporte a los que la ley marco que los regula les atribuye amplias potestades reglamentarias para dictar normas sobre las obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios, normas de procedimiento e incluso tipificar infracciones y determinar las correspondientes sanciones administrativas.

En resumen la acotada dispersión del poder reglamentario que se ha experimentado en la práctica en el ordenamiento jurídico-administrativo peruano constituye un proceso que se desa-

[14] Las ideas expuestas en este párrafo han sido extraídas de su obra: Constitución y Democracia. Tecnos. Madrid. 1988, pg. 126.

[15] *Art. 118°.-" Corresponde al Presidente de la República: .....Num 19) Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia".*

rrolla al margen al texto expreso del glosado numeral 8) del artículo 118° de a Constitución. Este precepto parece también referirse exclusivamente a los reglamentos de carácter ejecutivo, es decir a aquellos que se limitan a contemplar cuestiones de detalle o a adoptar las medidas estrictamente necesarias para la ejecución de la ley. Sin embargo en el ordenamiento administrativo peruano no son escasos los ejemplos de reglamentos independientes o autónomos expedidos por el Gobierno que no tienen como finalidad el desarrollo o la ejecución de una ley, porque regulan materias que no están acotadas por una ley previa, ya sea porque la Constitución ha conferido al Gobierno un determinado ámbito material exclusivo como sucede con las tasas tributarias y aranceles que por mandato constitucional compete su creación y fijación de la cuantía al Poder Ejecutivo mediante Decreto Supremo, o porque las leyes otorgan dicha potestad a entidades administrativas dotadas de autonomía como es el caso de los organismos regfinalidad el desarrollo o la ejecución de una ley, porque regulan materias que no están acotadas por una ley previa, ya sea porque la Constitución ha conferido al Gobierno un determinado ámbito material exclusivo como sucede con las tasas tributarias y aranceles que por mandato constitucional compete su creación y fijación de la cuantía al Poder Ejecutivo mediante Decreto Supremo, o porque las leyes otorgan dicha potestad a entidades administrativas dotadas de autonomía como es el caso de los organismos reg acreditar interés personal para que el Poder Judicial declare la inconstitucionalidad y/o ilegalidad con efectos generales de las disposiciones cuestionadas[16].

En cuanto a la normatividad que pueden expedir las Regiones y las Municipalidades, la Ley de Bases de la Descentralización N° 27783 establece que las normas expedidas por los distintos niveles de Gobierno se sujetan al ordenamiento jurídico establecido por la Constitución Política y las leyes de la República.

Conforme a la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales N° 27867 corresponde al respectivo Consejo Regional en su calidad de órgano legislativo y fiscalizador aprobar las Ordenanzas Regionales que tienen por objeto normar asuntos de carácter general o que son materia de su competencia, la organización y la administración del Gobierno Regional. A la Presidencia Regional corresponde dictar los Decretos Regionales que constituyen normas reglamentarias para la ejecución de las Ordenanzas Regionales, que establecen los procedimientos necesarios para la Administración Regional y resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés ciudadano. Las citadas normas regionales deben publicarse en el Diario Oficial El Peruano, también en el diario encargado de las publicaciones judiciales en la capital de la Región y deben incluirse además en el portal electrónico del respectivo Gobierno Regional.

A nivel Municipal según lo dispone la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972 corresponde a los respectivos Consejos de las Municipalidades Distritales o Provinciales, en virtud de su rol de órgano legislativo y fiscalizador de las citadas entidades de gobierno local, aprobar las Ordenanzas Municipales que en las materias de su competencia son las normas de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal, por medio de las cuales se aprueba la organización interna, regulación, administración y supervisión de los servicios públicos y las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa, así como las modalidades de tributos para los que la Constitución le ha conferido potestad tributaria a las municipalidades para crear arbitrios, tasas,

[16] Sobre el tema: Jorge Danós Ordóñez. "La garantía constitucional de la Acción Popular". En: Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 4. Comisión Andina de Juristas. Lima 1990. Pg. 153 y ss. En la actualidad el proceso de acción popular para el control jurisdiccional de las disposiciones de rango inferior a la ley esta regulado por el nuevo Código Procesal Constitucional vigente a partir del 1° de diciembre del 2004.

licencias, derechos y contribuciones, es decir tributos vinculados (no impuestos). Las Ordenanzas Municipales aprobadas por las municipalidades distritales referidas a materia tributaria requieren adicionalmente cumplir el requisito de ser ratificadas por la respectiva municipalidad provincial de su circunscripción para poder entrar en vigencia, lo que tiene como finalidad establecer mecanismos para resguardar un mínimo de concordancia entre los tributos distritales al interior de cuando menos una provincia. Corresponde al Alcalde de la respectiva municipalidad aprobar los Decretos de Alcaldía que constituyen las normas reglamentarias y de aplicación de las Ordenanzas, sancionan los procedimientos necesarios para la correcta y eficiente administración municipal y resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés para el vecindario, que no sean de competencia del Consejo Municipal. Las citadas normas municipales deben publicarse por regla general en el diario encargado de las publicaciones judiciales de cada jurisdicción, salvo en el caso de las municipalidades distritales y provinciales del departamento de Lima y de la Provincia Constitucional del callao que deben publicar sus Ordenanzas y los Decretos de Alcaldía en el Diario Oficial El Peruano.

Respecto de las Ordenanzas Regionales y las Municipales el mecanismo previsto constitucionalmente para su control jurisdiccional es el proceso de inconstitucionalidad que se tramita ante el Tribunal Constitucional, conforme lo establece el numeral 4) del artículo 200° de la Constitución[17] que considera a las mencionadas normas dentro de la relación de normas "que tienen rango de ley" a efectos de su control constitucional. Esta caracterización de las Ordenanzas como normas "con rango de ley" que realiza el precepto constitucional glosado, ha generado que en nuestro medio algunos sectores hayan defendido la tesis que las Ordenanzas Municipales pueden incluso oponerse a las leyes que aprueba el Congreso de la República amparados en la autonomía que la Constitución reconoce a los gobiernos locales. En mi opinión no cabe aceptar que una Ordenanza Municipal (o Regional) pueda contravenir lo establecido en una ley aporque la asignación de "rango de ley" que realiza el numeral 4) del artículo 200° de la Constitución antes citado sólo permite entender que las Ordenanzas Regionales o Municipales son las normas de mayor jerarquía dictadas por el respectivo órgano de Gobierno descentralizado (regional o local) en su respectiva circunscripción pero siempre subordinadas al ordenamiento jurídico nacional.

Los Decretos Regionales y Decretos de Alcaldía son normas de carácter reglamentario, subordinadas a las respectivas Ordenanzas Regionales y Municipales, por lo que el control jurisdiccional de su legalidad y/o constitucionalidad se realiza a través del proceso constitucional de Acción Popular que cualquier persona sin necesidad de alegar interés o beneficio alguno puede incoar ante el Poder Judicial.

Finalmente, como bien señala el profesor Juan Carlos Morón[18] el artículo V del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27444 no sólo establece un listado ordenado de fuentes jurídicas en sentido estricto, sino que también consagra un conjunto de fuentes que dicho autor denomina "de integración" que no responden al principio de jerarquía

[17] *Art. 200°.- "Son garantías constitucionales:....Num 4) La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma y el fondo".*

[18] En: Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Tercera Edición. Lima 2004, pg. 94. También: Christián Guzmán Napurí. La Administración Pública y el Procedimiento Administrativo General. Página Blanca Editores. Lima 2004. pg. 115 y ss.

que ordena las relaciones entre las demás fuentes y cuya finalidad esencial es orientar la interpretación de los operadores jurídicos. Nos estamos refiriendo a los numerales 2.7, 2.8, 2.9 y 2.10 del citado artículo V conforme al cual: (i) la jurisprudencia emanada de fallos judiciales que interpreten disposiciones administrativas (recaída en procesos contencioso administrativos o constitucionales), como (ii) la jurisprudencia de los Tribunales administrativos (Tribunal Fiscal, Consejo de Minería, Tribunal de defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de INDECOPI, Tribunal del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones CONSUCODE, etc.) que constituyen órganos administrativos colegiados encargados de resolver controversias en última instancia administrativa; (iii) los pronunciamientos vinculantes de autoridades administrativas facultadas para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas y (iv) los Principios Generales del Derecho Administrativo, constituyen todos referencias autorizadas legalmente para interpretar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento administrativo específico respecto del cual han sido emitidas

3. Principios del Procedimiento Administrativo.

En este punto conviene llamar la atención sobre el elenco de Principios Generales del procedimiento administrativo consagrados por el artículo IV del Título Preliminar de la ley de Procedimiento Administrativo General N° 27444[19], no sólo por su extensión sino también porque al proporcionar la definición de cada uno de los referidos principios facilita al intérprete su observancia. El citado listado de principios tiene carácter meramente enunciativo, porque deja abierta la posibilidad que puedan ser aplicables otros principios generales del derecho Administrativo, ya sea los que pueden ser extraídos de manera implícita de normas legales, los principios específicos que disciplinan el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa contemplados por el artículo 230° de la norma o aquellos principios que ya están consagrados expresamente por otros dispositivos administrativos especiales, como es el caso del artículo 3° de la Ley N° 26850 de contrataciones y adquisiciones del Estado que dispone expresamente la aplicación a los procedimientos administrativos de selección de contratistas (licitación, concurso público, adjudicación directa, etc.) de los principios de "moralidad, libre competencia, imparcialidad, eficiencia, economía, vigencia tecnológica y trato justo e igualitario entre todos los contratistas".

Asimismo, en el numeral 2) del citado artículo IV se ha cuidado de establecer claramente las tres funciones que cumplen los referidos principios:

– Constituyen pautas directrices que ayudan al intérprete al momento de dotar sentido a las normas de la ley puesto que actúan en concurso con los criterios de interpretación jurídica. El funcionario de las entidades administrativas que se encuentre en el dilema de optar entre varis

[19] *Art IV°.- Principios del procedimiento administrativo.*

1.- El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: 1.1 Principio de legalidad...; 1.2 Principio del debido procedimiento...; 1.3 Principio de impulso de oficio...; 1.4 Principio de razonabilidad...; 1.5 Principio de imparcialidad ...; 1.6 Principio de informalismo ...; 1.7 Principio de presunción de veracidad ...; 1.8 Principio de conducta procedimental ...; 1.9 Principio de celeridad ...; 1.10 Principio de eficacia ...; 1.11 Principio de verdad material ...; 1.12 Principio de participación ...; 1.13 Principio de simplicidad ...; 1.14 Principio de uniformidad ...; 1.15 Principio de predictibilidad ...; 1.16 Principio de privilegio de controles posteriores ...;

posibles interpretaciones de una norma de procedimiento administrativo debe optar por la interpretación que esté más conforme a los principios administrativos.

– Al estar contemplados en una norma legal los principios forman parte del ordenamiento jurídico y como tales forman parte del bloque de legalidad que sirve de parámetro para las entidades estatales dotadas de potestad reglamentaria, las que al momento de dictar disposiciones administrativas de carácter general, de rango subordinado a la ley, deberán ajustarse a ellos.

– Sirven para suplir los vacíos o lagunas del ordenamiento administrativo porque operan como virtuales normas subsidiarias para integrar el derecho y en tal virtud resolver el problema de las situaciones que no están reguladas por norma alguna.

De manera deliberada en el citado artículo IV solo se han incorporado principios que regulan la actividad o actuación administrativa, es decir que tienen repercusión directa en los procedimientos administrativos, es decir no se han considerado principios que informan la organización de la Administración Pública tales como es el descentralización, desconcentración de procesos decisorios, jerarquía, coordinación, etc., porque se entiende que corresponden mas bien a una futura ley que establezca las bases generales de la Administración Pública y no de una ley que establezca la regulación general del procedimiento administrativo.

Entre los principios mas importantes consagrados se encuentra el de legalidad, considerado como principio emblemático del Estado de Derecho que a decir de doctrina autorizada[20] "opera....en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa. Sólo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima". La definición aportada por la ley pone de relieve la función que cumple el principio de legalidad en la determinación de los fines de interés general a los que debe servir la Administración Pública y que justifican su existencia, y cuya observancia o no constituye criterio válido para el enjuiciamiento de la corrección de su actuación.

Mediante la consagración del principio al debido procedimiento administrativo se proyecta al ámbito administrativo el derecho al debido proceso que la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos consagran fundamentalmente para los procesos que se siguen en el ámbito judicial, lo cual requiere su adaptación con ciertas matizaciones en el procedimiento administrativo, porque obviamente no todos los principios y derechos de la función jurisdiccional contemplados en el artículo 139° de la Constitución pueden aplicarse en el procedimiento administrativo ya que en todo caso su campo natural de actuación es en el proceso contencioso-administrativo que el interesado promueva para el control del respectivo acto administrativo. La definición aportada por la ley consagra las garantías mínimas indispensables del administrado que han de respetársele en el procedimiento administrativo: derecho de defensa, derecho a la prueba, y derecho a obtener una decisión administrativa fundada, este último vinculado al deber genérico de motivación de los actos administrativos con el objeto de permitirle al administrado poder controlar las decisiones administrativas[21].

[20] Eduardo García De Enterría y Tomás Ramón-Fernández. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Edit. Civitas. Madrid 1997. Pg. 432.

[21] Sobre el tema: Eloy Espinosa- Saldaña "Debido proceso en Procedimientos Administrativos, su viabilidad y las Experiencias Peruana y Mundial sobre el particular". En: Revista Jurídica del Perú N° 18. Edit. Normas Legales. Trujillo, 2001, pg. 2, también: Christian Guzmán Napurí "El debido proceso en sede administrativa en la jurisprudencia y la doctrina peruana. ¿Hoy en día todavía se puede discutir la pertinencia del mismo?. En: Ius et Veritas, N° 22. Lima. 2001, pg. 344 y César Ochoa Cardich "Los principios Generales del Procedimiento Administrativo". En: AAVV: Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general. Ley N° 27444. Segunda parte. Lima. Ara editores, 2003, pg. 68.

El principio de impulso de oficio se traduce en el deber de la Administración, como gestora del interés público, de desarrollar toda la actividad que sea necesaria para llegar a la decisión final, sin perjuicio de la mayor o menor participación que puedan tener los interesados en la realización de las actuaciones. Ello se justifica porque la actuación administrativa debe estar orientada a satisfacer los intereses públicos y por ende la simple inacción de los administrados no debe determinar normalmente la paralización del procedimiento.

El principio de razonabilidad, también conocido como proporcionalidad en otros ordenamientos, postula la adecuación entre medios y fines, de modo que la Administración Pública no debe imponer ninguna carga, obligación, sanción o prestación más gravosa que la que sea indispensable para cumplir con las exigencias del interés público

El principio de imparcialidad opera tanto cuando la Administración resuelve procedimientos en los que existen intereses contrapuestos entre particulares, como sucede en las licitaciones, concursos, en los denominados procedimientos trilaterales, e incluso cuando tramita solicitudes de licencias, autorizaciones, permisos, etc. en los que pueden existir interesados en impugnar un acto administrativo que a su vez beneficia a otro, como también incide en los procedimientos que se tramitan únicamente entre un particular y la Administración (procedimientos lineales), en ambos casos el principio de imparcialidad asegura que la Administración permita la participación igualitaria de los interesados.

Mediante el principio de informalismo se pretende que la Administración Pública excuse a los interesados de la inobservancia de exigencias formales no esenciales que impidan obtener una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento. Este principio se concibe siempre a favor del administrado y nunca de la Administración, no pudiendo esta última invocarlo para eludir el cumplimiento de facultades regladas. El objetivo es evitar que el procedimiento administrativo sea concebido como una carrera de obstáculos en contra del administrado, las más de las veces impuestos por la rutina burocrática, y que no se le niegue el derecho a la continuación del procedimiento hasta su culminación.

El principio de participación desarrolla en parte el derecho constitucional de todo ciudadano a acceder a la información que obra en poder de la Administración Pública consagrado por el numeral 5) del artículo 2° de la Carta de 1993[22], aunque no agota su regulación porque entiende que debe ser objeto de mayor desarrollo en una ley especial[23]; simultáneamente enuncia el derecho de acceso y participación de los administrados en la toma de decisiones públicas que le pudieran afectar, materia que es desarrollada por la ley en los artículos 181° a 185° en los que regula los institutos de audiencia pública y el denominado período de información pública, con el objetivo de establecer mecanismos que permitan hacer efectivo en sede administrativa el derecho consagrado por el numeral 17) del artículo 2° de la Constitución[24] a participar en la vida política, económica, social y cultural de la nación, así como procurar garantizar la transparencia

[22] *Art. 2°.- Toda persona tiene derecho: Num 5) A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.....* "

[23] Es el caso del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806 de Transparencia y Acceso a la Información Pública aprobado mediante Decreto Supremo N° 043-2003-PCM de 24.04.2003 que establece obligaciones de difusión activa (difundir información mediante portales vía Internet) y pasiva (facilitar el acceso a la información solicitada) por parte de la Administración.

[24] *Art. 2°.- Toda persona tiene derecho: Num 17) A participar, en forma individual*

en la actuación administrativa como manifestación del principio democrático de publicidad de todos los poderes públicos.

La mayor parte de los principios administrativos enunciados aunque tienen operatividad por sí mismos y determinan, en la mayoría de los casos, obligaciones y deberes para las entidades de la Administración Pública, también se encuentran plasmados en mandatos concretos a lo largo de la Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27444. Tal es el caso, entre varios otros, del principio de verdad material que obliga a la Administración a resolver ajustándose a los hechos reales, sin limitarse a los a los que hayan sido alegados y probados por los interesados, para lo cual debe agotar todos los medios a su alcance para recopilar toda la prueba vinculada al asunto sometido a su conocimiento. Dicho principio tiene manifestaciones prácticas en el artículo 163° de la ley que faculta a la Administración para que de oficio pueda producir pruebas, a fin de obtener un conocimiento cabal de los hechos, en el artículo 167° que permite solicitar documentos a otras autoridades y en el artículo 169° que faculta requerir a los administrados su colaboración para la obtención de pruebas.

Los principios generales del procedimiento administrativo consagrados por el citado artículo IV tienen por objeto acentuar el carácter servicial de la Administración Pública en favor de los ciudadanos, que son los destinatarios de la actividad pública o beneficiarios de la correspondiente actividad administrativa, lo que se manifiesta en las obligaciones y deberes que se le imponen a las autoridades y funcionarios en la tramitación del procedimiento administrativo, ya sea de oficio o a pedido de parte interesada. Sin embargo, la Ley de Procedimiento Administrativo General no ha ignorado que el estatuto jurídico de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración Pública se compone tanto de derechos como también por deberes, por lo que no obstante el esfuerzo por destacar los derechos de los administrados que se evidencia en la consagración de un precepto (art. 54°) que establece una lista de derechos de los administrados en el procedimiento administrativo, sin perjuicio de otros derechos contenidos a lo largo de la Ley, y en el artículo 75° que establece algunos de los deberes de las autoridades administrativas en la tramitación de los procedimientos, simultáneamente se consagra el principio de conducta procedimental que obliga a los administrados a colaborar y comportarse lealmente con su Administración absteniéndose de pretender obtener en su beneficio resoluciones contrarias a derecho en perjuicio de los intereses públicos o de otros particulares y en el artículo 55° se establecen deberes generales de los administrados que imponen un comportamiento ciudadano adecuado a la realización por la Administración de los cometidos públicos que tiene encomendados.

II. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA. EL ESTADO, LAS REGIONES Y LOS MUNICIPIOS.

El artículo 43° de la Constitución de 1993 establece que el Estado peruano "*es uno e indivisible*", que su Gobierno "*es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de separación de poderes*". El carácter unitario del Estado supone la existencia de un único sistema de órganos de Gobierno que actúan sus poderes para todo el territorio nacional, además de un único ordenamiento jurídico. El carácter descentralizado hace referencia a que los órganos centrales o nacionales no ejercen en exclusividad la totalidad del poder estatal, sino que lo hacen de manera conjunta o simultánea con organizaciones territoriales (Regiones y Munici-

palidades) dotadas de autonomía y con capacidad para la autodeterminación de sus propios intereses.

En el Perú, como ya se ha comentado anteriormente, la Constitución consagra tres niveles de Gobierno que a su vez nos permite caracterizar a la administración pública en función del ámbito territorial en que desarrolla sus funciones en:

A) Administración Pública Nacional. Integrada por el Poder Ejecutivo, sus ministerios, organismos e instituciones públicas, empresas estatales, proyectos, y también los organismos constitucionales autónomos creados directamente por la Constitución y los órganos de los poderes legislativo y judicial que ejercen funciones administrativas, las cuales constituyen entidades que ejercen funciones en todo el territorio nacional..

B) Administración Pública Regional. Comprende a los órganos que forman parte de la estructura organizativa de los Gobiernos Regionales.

C) Administración Pública local o municipal. Comprende a las Municipalidades Provinciales y distritales y los órganos que integran su organización.

Conforme al artículo 25° de la Ley N° 27783 de Bases de la Descentralización el Gobierno Nacional es ejercido por el Poder Ejecutivo, cuyo dirección corresponde al Presidente de la República que a tenor del artículo 110° de la Constitución "*es el Jefe de Estado y personifica a la Nación*", lo que le concede funciones de representación, coordinación y decisión de las altas políticas del Estado. Pero además la Constitución en el numeral 3) del artículo 118° le confiere la función de "Dirigir la política general del Gobierno" por lo que el Presidente de la República del Perú a la vez de ser jefe de estado cumple las funciones de jefe de Gobierno.

Los Ministros son designados por el Presidente de la República a propuesta del Presidente del Consejo de Ministros, este último realiza labores de coordinación intersectorial y es el portavoz autorizado del Gobierno después del Presidente de la República. El artículo 14° de la Ley del Poder Ejecutivo señala que el Presidente del Consejo de Ministros "*colabora con el Presidente de la República en la dirección de la política general del Gobierno. Coordina actividad intersectorial de la función política administrativa del Estado...*". A diferencia de los países de régimen parlamentario en el Perú el Presidente del Consejo de Ministros no cumple funciones de jefe de gobierno porque como se ha señalado en el párrafo anterior dicha función ha sido expresamente conferida al propio Presidente de la República. Sin embargo la Constitución vigente dispone en su artículo 130° que todo nuevo Presidente del Consejo de Ministros debe concurrir al Congreso de la República dentro de los 30 días de haber asumido sus funciones, en compañía de los demás Ministros, "*para exponer y debatir la política general del Gobierno y las principales medidas que requieren su gestión*", estando obligado a formular cuestión de confianza al pleno del Congreso, procedimiento que el reglamento del Congreso le ha denominado "voto de investidura" por la similitud con figuras similares en países de régimen parlamentario. Esto pone en evidencia como el régimen político peruano no obstante estar configurado como un régimen típicamente presidencial importa figuras de los regímenes parlamentarios (voto de investidura, interpelación, censura, estación de preguntas, etc.) con la finalidad de equilibrar los poderes asignados al Presidente de la República.

El artículo 119° de la Constitución confiere a los Ministros como función esencial "La dirección y la gestión de los servicios públicos", texto que como se puede apreciar ha sido redactado utilizando un concepto decimonomico de servicios públicos como sinónimo de la totalidad de asuntos públicos a su cargo. La todavía vigente Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 560 de 1990, define a los Ministerios como "*los organismos*

administrativos del Poder Ejecutivo" que tienen a su cargo la formulación de las políticas sectoriales de su competencia con alcance nacional, así como supervisar y evaluar su ejecución.

También forman parte del Poder Ejecutivo los organismos públicos descentralizados (OPDs), es decir entidades con personalidad jurídica y autonomía presupuestal y administrativa definida por su ley de creación, pero vinculados a las políticas generales y sectoriales del Gobierno. Se crean cuando se estima que el desarrollo de determinadas funciones públicas no puede cumplirse adecuadamente mediante órganos que forman parte de un Ministerio. Entre las razones que generalmente se utilizan para su creación se cuenta: (i) La marcada especialización de ciertas funciones; (ii) la necesidad de dotar de mayor autonomía (técnica, administrativa, presupuestal, etc.) a la gestión o ejercicio de determinadas funciones, y (iii) la prioridad política que se asigna al desarrollo de las referidas funciones en determinadas coyunturas. Actualmente existen en el Poder Ejecutivo alrededor de 40 organismos públicos descentralizados algunos de los cuales tienen una dimensión (presupuestal y administrativa) mayor que algunos Ministerios. Conforme al diseño constitucional todas estas entidades requieren estar adscritas a un Ministerio para que el respectivo Ministro pueda ser el responsable político ante el Parlamento en razón de la potestad de dirección general que le compete.

Las competencias del Poder Ejecutivo están consagradas por la Constitución y las respectivas leyes sectoriales. Es indudable que el Presidente y los Ministros ejercen funciones de gobierno jurídica y cualitativamente diferentes a las funciones de carácter administrativo, estas últimas desarrolladas a través de su propia organización administrativa. La Ley N° 27783 de Bases de la Descentralización establece en su artículo 26°[25] una relación de competencias que caracteriza como exclusivas y excluyentes del Gobierno Nacional y establece el régimen de las competencias que son compartidas con las otros dos niveles de gobierno, es decir aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados, debiendo la ley indicar la función específica y responsabilidad que corresponde a cada nivel. Las competencias calificadas como exclusivas del Gobierno Nacional (Poder Ejecutivo) no son materia del proceso de transferencia gradual de competencias a los gobiernos territoriales descentralizados.

Aunque en virtud de lo establecido por el artículo 25° de la Ley de Bases de la Descentralización el Gobierno Nacional es identificado con el Poder Ejecutivo considero importante tener presente que los Organismos Constitucionalmente autónomos creados por la Constitución de 1993 (Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros, Contraloría General, etc.) son entidades que ejercen competencias principalmente de carácter administrativo[26], que legalmente no son considerados parte del Gobierno Nacional pero sin lugar a dudas ejercen las

[25] *Artículo 26.- Competencias exclusivas.*

26.1. Son competencias exclusivas del gobierno nacional: a) Diseño de políticas nacionales y sectoriales; b) Defensa, Seguridad Nacional y Fuerzas Armadas; c) Relaciones Exteriores; d) Orden Interno, policía nacional, de fronteras y de prevención de delitos; e) Justicia; f) Moneda, Banca y Seguros; g) Tributación y endeudamiento público nacional; h) Régimen de comercio y aranceles; i) Regulación y gestión de la marina mercante y la aviación comercial; j) Regulación de los servicios públicos de su responsabilidad; k) Regulación y gestión de la Infraestructura pública de carácter y alcance nacional; l) Otras que señale la ley, conforme a la Constitución Política del Estado. 26.2. No son objeto de transferencia ni delegación las funciones y atribuciones inherentes a los sectores y materias antes señaladas.

[26] De los organismos constitucionales creados por la Constitución peruana dos de ellos ejercen funciones jurisdiccionales: tal es el caso del Tribunal Constitucional y del Jurado Nacional de Elecciones, que desarrolla simultáneamente funciones de carácter administrativo y de tribunal electoral.

competencias que la Constitución y sus leyes orgánicas les confieren, con carácter exclusivo y excluyente, en todo el territorio nacional.

En el Perú hoy en día se vive un intenso resurgimiento del proceso de descentralización territorial, como reacción al proceso de recentralización que se padeció durante la pasada década. A esto ha contribuido que los actuales integrantes del Congreso de la República de carácter unicameral han sido elegidos por distrito electoral múltiple lo que ha generado una fuerte presencia de políticos y ex-alcaldes del interior del país.

Por mandato constitucional[27] la descentralización constituye una política permanente del Estado de carácter obligatorio para los poderes públicos, cuyo objetivo fundamental es el desarrollo integral del país.

Históricamente la base de la descentralización territorial en el Perú han sido los gobiernos locales o municipalidades de carácter provincial o distrital, que suman cerca de 2000, cada una con sus autoridades (alcalde y concejales) elegidos democráticamente por los vecinos, quienes además pueden ejercer los mecanismos de democracia semidirecta (solicitud de revocatoria de autoridades elegidas, pedido de rendición de cuentas, etc.) que establece el ordenamiento jurídico. Las municipalidades en el Perú cuentan con autonomía de carácter político, económico y administrativo, que se manifiesta en el ejercicio de potestades de carácter normativo porque aprueban disposiciones de carácter general (Ordenanzas municipales y Decretos) que rigen en su respectiva circunscripción, tienen ingresos propios derivados de los tributos que administran y reciben transferencias del gobierno nacional por concepto de coparticipación de los ingresos de algunos tributos y desde la óptica administrativa básicamente constituyen entidades prestadoras de servicios públicos locales (limpieza pública, administración del dominio público, regulación del urbanismo, etc.) con las limitaciones presupuestales y de recursos humanos que endémicamente padecen. El nuevo marco jurídico de las entidades descentralizadas pretende transformarles en agentes del desarrollo y de la economía a nivel local.

En la actualidad el énfasis del proceso de descentralización esta puesto en la conformación de Regiones cuyos respectivos Gobiernos han comenzado a operar desde el 1° de enero del año 2003 Hoy existen 24 Gobiernos Regionales creados sobre la base de los antiguos Departamentos (que eran simples demarcaciones territoriales), sus autoridades (Presidente e integrantes del Consejo Regional) se eligen por sufragio directo por un período de 4 años. Gozan de autonomía política, económica y administrativa, ejercen actividades de Gobierno, desarrollan competencias normativas (Ordenanzas y Decretos Regionales) y administrativas que pueden tener el carácter exclusivo, compartido con otros niveles de gobierno o delegables de un nivel de gobierno a otro. En virtud de una reciente reforma constitucional[28] pueden crear y administrar tributos vinculados por las actividades que realicen a favor de los usuarios de sus servicios, es decir contribuciones, licencias, tasas (no impuestos). Su objetivo principal es el fomento del desarrollo regional soste-

[27] La Constitución de 1993 ha sido parcialmente objeto de reforma en el Capítulo referido a Descentralización mediante la Ley de Reforma Constitucional N° 27680 de 7 de marzo del 2002, para dar cobertura al reinicio del proceso de descentralización que posteriormente ha sigo legislativamente desarrollado a través de las leyes N° 27783 de Bases de la Descentralización de 17 de julio del 2002, la Ley N° 27867 Orgánica de Regiones de 18 de noviembre del 2002, la Ley N° 27927 Orgánica de Municipalidades de 27 de mayo del 2003, el Decreto N° 955 de Descentralización Fiscal de 5 de febrero del 2004, la Ley N° 28273 del Sistema de Acreditación de los Gobiernos Regionales y Locales de 9 de julio de 2004 y la Ley N° 28274 de Incentivos para la integración y conformación de regiones también de 9 de julio de 2004.

[28] Ley N° 28390 de 17 de noviembre del 2004 para la reforma Constitucional del artículo 74° de la Constitución que regula el poder tributario.

nible, así como organizar y conducir la gestión pública regional de acuerdo a las competencias, que le son transferidas por el Gobierno Nacional de manera ordenada y progresiva.

Desde el punto de vista político la descentralización comporta la transferencia de poder de decisión a los niveles regional y municipales, cuyas autoridades elegidas están envestidas de la autonomía necesaria para la toma de decisiones en sus respectivas circunscripciones territoriales. Desde el punto de vista administrativo la descentralización implica la transferencia de gran parte de las competencias y funciones del Poder Ejecutivo que por mandato constitucional debe realizarse progresivamente (proceso gradual) conforme a un conjunto de criterios definidos legalmente tomando en cuenta la capacidad de gestión efectiva del Gobierno Regional que recepciona las competencias. Desde el punto de vista económico la descentralización debería originar una gradual redistribución de los recursos del Gobierno Nacional hacia las entidades descentralizadas territoriales, a fin de que estas puedan financiar las funciones y servicios que se le transfieren para que puedan proporcionarlas en condiciones óptimas a la población

Resulta por tanto indispensable que la transferencia gradual de funciones y competencias administrativas que se transfieran a los Gobiernos Regionales se acompañen de los correspondientes recursos para financiar su prestación, de lo contrario la calidad de las prestaciones será deficiente. La experiencia de las municipalidades por los graves problemas que afrontan la mayor parte de ellas derivado de la carencia de ingresos suficientes para cumplir las competencias administrativa asignadas hace evidente que la ausencia de recursos financieros impide que una organización administrativa pueda cumplir eficientemente su rol de protección de los intereses generales, poniendo en cuestión la viabilidad económica de un buen número de dichos gobiernos locales.

Como siguiente etapa del proceso de descentralización se ha previsto la conformación y creación de las futuras Regiones[29] para lo que se requiere que se integren o fusionen dos o más circunscripciones departamentales colindantes y que la propuesta sea aprobada por las poblaciones involucradas mediante la realización de procesos de referéndum, para lo cual se han previsto los procedimientos, plazos e incluso incentivos financieros para la conformación de las citadas Regiones.

Por mandato constitucional la Capital de la República esta sujeta a un régimen especial de Municipalidad Metropolitana desarrollado por la Ley 27972 Orgánica de Municipalidades, no integra ninguna Región pero conforme al artículo 65° de la Ley N° 27867 Orgánica de Gobiernos Regionales en la provincia de lima se le reconoce a la Municipalidad Metropolitana de Lima las competencias y funciones propias de un gobierno regional, la que posee autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia regional y municipal.

Como se ha señalado anteriormente en el Perú las Regiones y las Municipalidades son instancias de Gobierno que ejercen funciones no sólo de carácter administrativo sino también de orden político o de gobierno porque sus autoridades son elegidas mediante sufragio directo y gozan por mandato constitucional y legal de autonomía política, lo que determina que sus relaciones entre sí y con el Gobierno Nacional se rijan no por el principio de jerarquía, sino por el de cooperación o coordinación, además de ostentar potestades legislativas en su respectiva circunscripción[30].

[29] Hoy en día en el Perú sólo existen los "Gobiernos Regionales" con sus autoridades debidamente elegidas asentados sobre la tradicional demarcación departamental. El siguiente objetivo del proceso de descentralización es que se constituyan las "Regiones" sobre la base de la integración de la población de dos o mas departamentos

[30] La Ley N° 27783 de Bases de la Descentralización define en su artículo 8° a la autonomía de gobierno como "*el derecho y la capacidad efectiva del gobierno en sus tres niveles, de normar, regular y administrar los asuntos públicos de*

III. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

1. CLASES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

Al Perú le corresponde la distinción de haberse dotado de la primera normativa de procedimiento administrativo general dictada en América Latina, aunque con rango reglamentario. Me refiero al denominado "Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos", aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-67-SC del 11 de noviembre de 1967, claramente inspirado por la Ley de Procedimiento Administrativo Española de 1958 de gran influencia en la mayor parte de las leyes reguladoras del procedimiento administrativo de los países de nuestro entorno[31].

La nueva Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General, vigente desde el 11 de octubre del año 2001[32], tiene por objetivo modernizar la regulación del procedimiento administrativo en el ordenamiento nacional, adecuándolo a las profundas reformas producidas en la organización de la Administración Pública y el régimen jurídico-administrativo a los largo de las tres décadas anteriores.

La Ley de Procedimiento Administrativo General asume que el gran reto del Derecho Administrativo ha consistido siempre en aunar garantías y eficacia, para lo cual dota a la Administración Pública de los instrumentos que le permitan realizar con eficacia el interés general de la sociedad, pero a la vez establece mecanismos para garantizar las posiciones subjetivas de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración.

Entre los aportes mas significativos de la citada Ley se encuentra el conjunto de principios que regulan la actuación de la Administración Pública en sus relaciones con los ciudadanos consagrados por el artículo IV de su Título Preliminar, los cuales constituyen los elementos estructurales o fundamentales de la regulación de los procedimientos administrativos, pero no sólo de los contenidos en dicha ley sino también del gran número de procedimientos especiales o sectoriales existentes en virtud del carácter supletorio de toda ley general y por mandato expreso del numeral 3) del artículo II del Título Preliminar[33].

En el ordenamiento administrativo Peruano la actuación de los entes que forman parte de la administración pública esta regulada tanto por normas de carácter general que establecen el marco legal procedimental para todas las entidades administrativas, como por normas de carác-

su competencia....", luego en el art. 9° define legalmente a cada una de las autonomías de orden político, administrativo y económico. Respecto de la autonomía política la define como: "*...la facultad de adoptar y concordar las políticas, planes y normas en los asuntos de su competencia, aprobar y expedir sus normas, decidir a través de sus órganos de gobierno y desarrollar las funciones que le son inherentes*".

[31] Así lo señala el ilustre profesor Jesús González Pérez en el Prólogo a la obra del Profesor Venezolano Allan Brewer - Carías "Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina", Legis, Bogota, 2003, pg. XX.

[32] Aprobada por el Congreso de la República en base a un anteproyecto preparado por una Comisión de juristas designadas por el Ministerio de Justicia en 1997 y que tuve el honor de presidir. Sobre el tema: Jorge Danós Ordóñez "El proceso de elaboración y aprobación de la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General" y "Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General". En: AAVV. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General. Ara Editores. Lima 2001, pgs. 17 y 37 respectivamente y ss.

[33] *Art. II, num 3): "Las autoridades administrativas al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente ley".*

ter especial que establecen reglas de procedimiento especifico en función de la especialidad de la materia o del organismo administrativo encargado de su atención. Ejemplos de este último grupo lo constituyen el código tributario, los regímenes sectoriales específicos como el minero, pesquero, hidrocarburos, telecomunicaciones, energía, entre otros, la ley de contrataciones y adquisiciones del Estado, la ley de ejecución coactiva, la ley general de expropiación, etc.

En el numeral 2) del artículo II del Título Preliminar de la Ley[34] se establece una virtual reserva de ley para la creación de procedimientos administrativos especiales que se aparten de la regulación de la Ley de Procedimiento Administrativo General. Se dispone que sólo por ley expresa podrán establecerse procedimientos especiales atendiendo a la singularidad de la materia que se pretende regular, pero aún en dichos casos la ley general que aprueba el procedimiento común será de aplicación supletoria ya sea en aquellos aspectos no previstos por la ley especial o en los temas que no son tratados de modo diferente por la citada ley especial.

El artículo 29° de la Ley, ubicado en el Capítulo que regula las reglas generales del procedimiento administrativo se establece una definición del mismo acorde con la doctrina al uso:

"*Art. 29°.- Definición de Procedimiento Administrativo*

Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados por las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados".

Un aspecto que caracteriza la regulación del procedimiento administrativo en el Perú es la regla establecida por el artículo 30° de la Ley[35] conforme al cual las entidades administrativas están obligadas a clasificar todos los procedimientos administrativos que se inicien a pedido de parte, ya se trate como (a) procedimientos de aprobación automática (en los que la solicitud del interesado es considera aprobada desde el mismo momento de su presentación ante la entidad competente), o como (b) procedimientos sujetos a evaluación previa por parte de la administración, caso este último en que de producirse el vencimiento del plazo previsto legalmente sin que las entidades hayan emitido su pronunciamiento deben determinarse los supuestos en que i) opera el silencio administrativo negativo (de modo que el particular puede considerar rechazada su petición e interponer los recursos correspondientes), o ii) el silencio administrativo positivo en base el cual el interesado puede entender aprobada su solicitud al vencimiento del plazo previsto para que administración resuelva, otorgándosele preponderancia este último tipo de silencio[36].

[34] *Art. II, num 2): " Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto*".

[35] *Art. 30°.- Clasificación de procedimientos administrativo.*

Los procedimientos administrativos que, por exigencia legal, deben iniciar los administrados ante las entidades para satisfacer o ejercer sus intereses o derechos, se clasifican conforme a las disposiciones del presente capítulo, en: procedimientos de aprobación automática o de evaluación previa por la entidad, y este último a su vez sujeto, en caso de falta de pronunciamiento oportuno, a silencio positivo o silencio negativo. Cada entidad señala estos procedimientos en su Texto Unico de Procedimientos Administrativos - TUPA, siguiendo los criterios establecidos en el presente ordenamiento.

[36] La obligación de todas las entidades administrativas de clasificar los procedimientos administrativos iniciados a pedido de parte en procedimientos de aprobación automática o de evaluación previa, en este último caso con aplicación del silencio administrativo positivo o negativo, y de consignarlos como se verá a continuación en el respectivo Texto Unico de Procedimiento Administrativo - TUPA, fue introducida por primera vez en el ordenamiento administrativo peruano en al año 1991 con el objeto de adecuar el funcionamiento de la administración pública al en ese entonces nuevo marco jurídico

Asimismo todas las entidades que forman parte de la administración pública en el Perú tienen la obligación de contar cada una con un Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) a su cargo, pero sólo de los que se inicien a solicitud de parte a requerimiento de los interesados (no los procedimientos que se inicien de oficio), en el que se consigne la clasificación de los procedimientos administrativos conforme a las modalidades descritas en el párrafo anterior, se compilen en forma clara y taxativa los requisitos y los costos que pueden exigírsele pagar a los particulares, con el objeto de generar transparencia y predictibilidad en la actuación de la administración. La aprobación de los mencionados TUPA debe realizarse mediante Decreto Supremo refrendado por el titular del respectivo sector (Ministerio) del Poder Ejecutivo, por Ordenanza en el caso de las Regiones y las Municipalidades o por resolución del titular en el caso de organismos constitucionalmente autónomos. Las entidades están obligadas a revisar, aprobar y publicar su respectivo TUPA en el Diario Oficial por lo menos cada dos años, pero pueden hacerlo antes cuando se produzcan modificaciones legales o de otra índole que alteren su contenido.

La Ley establece un conjunto de criterios que deben seguir las entidades administrativas para clasificar en los TUPA los procedimientos administrativos de su competencia. Así el numeral 4) del artículo 31° establece que deben clasificarse como procedimientos administrativos de aprobación automática, es decir aquellos en que la respectiva solicitud del particular es aprobada desde el momento de su presentación ante la autoridad competente, los procedimientos conducentes a la obtención de licencias, autorizaciones o similares que habiliten para el ejercicio continuado de actividades profesionales, sociales, económicas o laborales en el ámbito privado, siempre que no se afecten derechos de terceros. Es decir, comprende aquellos procedimientos en los que la Administración Pública restringe su actividad de control de la actividad económica privada a la simple exigencia de una comunicación de los interesados a la Administración.

Por su parte el artículo 33°[37] establece los casos en que deben clasificarse los procedimientos como de evaluación previa por la Administración sujetos al silencio positivo, respecto de los cuales en caso la entidad competente no resuelva dentro de los plazos fijados por la ley se entiende aprobado tácitamente lo solicitado por el interesado. Al respecto es importante considerar que conforme al diseño de la Ley la mayor parte de los procedimientos administrativos deberán ser clasificados como de evaluación previa con silencio positivo, por cuanto sólo escapan a dicha categoría los que expresamente han sido clasificados por el citado numeral 4) del

que redefinía el nuevo rol del Estado en la economía y potenciaba la iniciativa empresarial privada razón por la cual se dictó el Decreto Legislativo N° 757 denominado "Ley marco para el crecimiento de la inversión privada" que estableció las citadas medidas como parte de un conjunto que respondía a la finalidad de eliminar las trabas o restricciones administrativas que pudieran entorpecer el desarrollo de las actividades económicas restringiendo la libre iniciativa privada y restando competitividad a las empresas.

[37] *Art. 33°.- Procedimiento de evaluación previa con silencio positivo.*

Los procedimientos de evaluación previa están sujetos a silencio positivo, cuando se trate de algunos de los siguientes supuestos:

1. Solicitudes cuya estimación habilite para el ejercicio de derechos preexistentes, salvo que mediante ella se transfiera facultades de la administración pública o que habilite para realizar actividades que se agoten instantáneamente en su ejercicio.

2. Recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud cuando el particular haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo.

3. Procedimientos en los cuales la trascendencia de la decisión final no pueda repercutir directamente en administrados distintos del peticionario, mediante la limitación, perjuicio o afectación a sus intereses o derechos legítimos.

4. Todos los otros procedimientos a instancia de parte no sujetos al silencio negativo taxativo contemplado en el artículo siguiente, salvo los procedimientos de petición graciable y de consulta que se rigen por su regulación específica.

artículo 31° como procedimientos de aprobación automática o los que a tenor del numeral 4) del artículo 33° han sido taxativamente considerados por el artículo 34°[38] como procedimientos de evaluación previa con silencio negativo.

Entre las novedades más importantes de la Ley se puede apreciar que en el inciso b) del artículo 33° se ha considerado como susceptible de clasificación en la categoría de procedimiento de evaluación previa con silencio administrativo positivo a los recursos interpuestos por los particulares destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud cuando el particular haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo. Se trata de un supuesto excepcional, en el que apartándose de la regla general prevista en el numeral 1.2 del artículo 34° que dispone la aplicación del silencio administrativo negativo en los casos de procedimientos de controversia iniciados mediante la interposición de un recurso para impugnar una decisión administrativa, la Ley considera que en la hipótesis que el particular formule recurso contra el silencio de la administración en tal supuesto lo equitativo es que si la Administración no resuelve dentro de los plazos legales opere el silencio administrativo positivo para el recurrente.

El artículo 39° de la Ley que establece una larga relación de documentación que las entidades administrativas están prohibidas de solicitar a los particulares esta inspirado en las normas precedentes de simplificación administrativa, en particular en la parte referida al principio de eliminación de exigencias y formalidades costosas, en virtud del cual la documentación que se prohibe a la Administración solicitar tiene por propósito evitar generar cargas innecesarias a los administrados y que se dificulte asimismo la labor de la propia Administración.

En lo que respecta al costo de los procedimientos administrativos el artículo 45° de la Ley restringe la posibilidad de que se señalen derechos de trámite que superen el importe de una Unidad Impositiva Tributaria (unidad de referencia), ya que establece que sólo que en caso se pueda acreditar que los costos de ejecución de un determinado procedimiento administrativo superan dicho monto deberá requerirse la aprobación previa del Instituto de Defensa de la Competencia INDECOPI para consignar dicho monto en el respectivo TUPA.

El artículo 49° de la Ley regula las consecuencias de que una entidad administrativa no cuente con TUPA, ya sea porque no lo publica o porque haciéndolo omite algunos de los procedimientos a su cargo. En tales casos se dispone que tratándose de procedimientos que corresponderían ser aprobados de forma automática los administrados quedan liberados de la exigencia de iniciarlos, de modo que pueden llevar a cabo libremente su actividad profesional, social, económica o laboral, sin que puedan ser sancionados por la Administración para quien resultan suspendidas

[38] *Art. 34°.- Procedimientos de evaluación previa con silencio negativo.*

34.1 Los procedimientos de evaluación previa están sujetos al silencio negativo cuando se trate de alguno de los siguientes supuestos:

34.1.1 Cuando la solicitud verse sobre asuntos de interés público, incidiendo en la salud, medio ambiente, recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación.

34.1.2 Cuando cuestionen otros actos administrativos anteriores, salvo los recursos en el caso del numeral 2 del artículo anterior.

34.1.3 Cuando sean procedimientos trilaterales y los que generen obligación de dar o hacer a cargo del Estado.

34.1.4 Los procedimientos de inscripción registral.

34.1.5 Aquellos a los que, en virtud de la ley expresa, sea aplicable esta modalidad de silencio administrativo.

34.2 Las autoridades quedan facultadas para calificar de modo distinto en su TUPA, los procedimientos comprendidos en los numerales 34.1.1. y 34.1.4, cuando aprecien que sus efectos reconozcan el interés del solicitante, sin exponer significativamente el interés general.

sus facultades de control mientras no publique su respectivo TUPA. En cambio tratándose de otro tipo de procedimientos sujetos a evaluación previa, cualquiera sea el tipo de silencio administrativo aplicable, los particulares siempre estarán obligados a iniciar el respectivo procedimiento administrativo conforme a los criterios de clasificación establecidos por la ley, sin perjuicio de la facultad de exigir responsabilidad a la autoridad que omitió la publicación del TUPA. Se entiende que en este último supuesto contemplado por el numeral 2) del artículo 49° el particular estará exceptuado del pago de los derechos de tramitación por cuanto no se cumpliría el requisito consagrado por el numeral 2) del artículo 44° de que el importe del Derecho este consignado en el respectivo TUPA.

2. Sujetos del Procedimiento.

A diferencia de otras normas del derecho comparado que en fechas relativamente reciente se han adoptado la denominación "interesado", por considerar de carácter pasivo o subordinado el concepto "administrado", la Ley ha estimado que en nuestra realidad el potenciamiento de la posición de los particulares ante la Administración no reside en el simple cambio de denominación, sino en el establecimiento de un régimen jurídico que garantice una actuación administrativa que respete sus derechos permitiéndole una relación mas equilibrada con la Administración. En tal virtud para la Ley el termino administrado esta referido a cualquier sujeto de Derecho que resulta destinatario del ejercicio de una potestad por una entidad administrativa, cubre a cualquiera que se relacione con la Administración Pública o que forme parte de una relación jurídica-administrativa[39].

En el numeral 1) del artículo 51°[40] de la Ley se considera como administrado respecto de algún procedimiento administrativo no sólo a quienes lo promuevan como titulares de derechos, sino también a quienes ostenten intereses legítimos de carácter individual o incluso colectivos. En este último aspecto la Ley incorpora la problemática de los intereses colectivos, y en el inciso c) la de los intereses difusos, abriendo la posibilidad que los titulares o representantes de dichos intereses entre los que se cuenta el medio ambiente, la protección a los consumidores, etc., puedan ser defendidos en sede administrativa.

Es también importante llamar la atención sobre el numeral 2) del artículo 51° de la Ley que asigna la calidad de administrado legitimado para participar en un procedimiento administrativo a aquellos que sin haberlo promovido puedan resultar afectados en sus derechos o intereses legítimos por la decisión administrativa a adoptarse. Se trata de un dispositivo que guarda estrecha relación con el artículo 60° que regula los mecanismos de publicidad que deben observarse en el procedimiento administrativo para que dicho tercero con intereses en conflicto pueda eventualmente apersonarse y participar en el respectivo procedimiento, aportando pruebas o incluso

[39] Sobre el concepto de administrado ver: Juan Alfonso Santamaría Pastor. Fundamentos de Derecho Administrativo I. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1988, pág. 864 y Antonio Embid Irujo. El Ciudadano y la Administración. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. 1996. pág. 41.

[40] *"Art. 51°.- Contenido del concepto administrado.-*

Se consideran administrados respecto de algún procedimiento administrativo concreto:

1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

2. Aquellos que, sin haber iniciado el procedimiento, posean derechos o intereses legítimos que pueden resultar afectados por la decisión a adoptarse.

formulando impugnaciones, lo cual permitirá a la propia Administración contar con mayores elementos de juicio en el momento de decidir la cuestión planteada en función de los intereses de la colectividad.

El artículo 55° constituye uno de los preceptos más novedosos e importantes de la Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General porque ha consagrado por primera vez en nuestro ordenamiento administrativo un relativamente extenso listado de derechos de los administrados que configura un virtual estatuto del administrado, poniendo en evidencia la deliberada intención de los autores del respectivo proyecto de colocar al ciudadano como núcleo central del procedimiento administrativo potenciando y valorando sus derechos. No obstante el citado precepto no pretende constituirse en un dispositivo totalizador de los derechos de los particulares en relación con la Administración porque en su inciso 13) remite en forma expresa a los demás derechos reconocidos por la Constitución de las leyes, entre los que se encuentra por ejemplo el artículo 75° de la Ley que establece deberes de las autoridades en los procedimientos y, en general, a cualquier otro dispositivo que imponga deberes a las autoridades administrativas o regule situaciones jurídicas sustantivas de los administrados.

No obstante conviene tener presente que como todo estatuto no sólo consta de derechos y garantías, sino también de deberes, entre los que se cuenta los de lealtad y colaboración con la Administración, previstos en el artículo 56° de la ley que esta vinculado al principio general de conducta procedimental recogido en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley, cuestión que se amerita en mayor medida en los casos de procedimientos administrativos con múltiples interesados e intereses contrapuestas.

En los artículos 57° y 58° de la Ley se regulan algunos aspectos de la facultad de la Administración de requerir la comparencia personal de los administrados en los casos que la ley lo autorice, entre los que se cuenta los derechos de asistir a la citación acompañado de asesores para su mejor defensa y la posibilidad, al finalizar la citación, de solicitar verbalmente que le proporcionen constancia de su comparecencia y copia del acta elaborada.

3. Iniciación del Procedimiento.

La ley regula las diferentes formas de iniciación del procedimiento administrativo, ya sea de oficio o a pedido de parte. Al respecto resulta novedoso las previsiones contenidas en los artículos 105° a 112° en los que se regulan las distintas modalidades como los particulares pueden promover un procedimiento administrativo. El artículo 105° de la Ley se refiere al derecho de los particulares a formular denuncias respecto de hechos que conociere contrarios al ordenamiento jurídico, sin necesidad de acreditar interés especial en la materia. Aunque la norma no le reconoce la calidad de parte en el respectivo procedimiento administrativo, el numeral 3) señala que el rechazo de la denuncia debe ser comunicado al que la formuló. El artículo 106° desarrolla el derecho constitucional de petición administrativa. A su vez el artículo 107° establece el derecho de todo administrado con capacidad jurídica para solicitar a la autoridad administrativa el reconocimiento de sus derechos e intereses, mientras que el artículo 108° reconoce el derecho de formular peticiones o contradecir actos ante la autoridad administrativa invocando la protección de los intereses difusos de la sociedad vinculados a la protección del derecho de acceso a las entidades, la relación con los administrados o el cumplimiento de los principios procedimentales, etc.

El artículo 109° de la Ley enuncia el derecho de todo particular para formular las impugnaciones que considere necesarias contra los actos administrativos que los afecten en ejercicio de su derecho de defensa, utilizando para tal efecto los recursos administrativos previstos por la ley conforme lo señala expresamente el artículo 207° de la Ley.

El artículo 110° obliga a las entidades administrativas a proporcionar la información que le soliciten los interesados, así como establecer de oficio mecanismos de información pública, incluso recurriendo a la atención por vía telefónica para facilitar el acceso a los particulares a los servicios administrativos.

En el artículo 112° se regulan las denominadas peticiones que pueden ser calificadas como graciables por las autoridades administrativas cuando se solicita la emisión de un acto sujeto a su discrecionalidad o a su libre apreciación, o la prestación de un servicio sin que constituya derecho exigirlo. En tales casos la respuesta positiva de la respectiva autoridad no requiere de la emisión de una resolución formal sino la simple prestación efectiva de lo solicitado.

Los artículos 113° a 125° contienen normas acerca de las formalidades de los escritos y manejo de la documentación que se presenta ante la Administración Pública. Entre las novedades merece mención la prevista por el numeral 3) del artículo 119° y artículo 120° de la Ley que permiten la presentación de escritos por los particulares mediante el correo certificado, siempre que se cumpla los requisitos que se establecen en dicho dispositivo, los que se consideran presentados en la fecha de su recepción por el correo según lo dispone el artículo 122°. Asimismo, en los numerales 2) y 3) del artículo 119° y el artículo 121° de la Ley se admite también en el caso de administrados que residan fuera de la provincia donde se ubica la unidad de recepción de la entidad competente la presentación de los escritos ante los órganos desconcentrados de la entidad receptora o las autoridades políticas del Ministerio del Interior en la correspondiente circunscripción, casos en los que también se consideran presentados en la fecha de ingreso de las mencionadas entidades.

El artículo 123° regula las condiciones y requisitos para que los particulares y la Administración puedan cursarse comunicaciones a través de medios de transmisión a distancia como el correo electrónico o el facsímil, estableciéndose que dichas formas de remisión de documentación sólo serán válidas si lo solicitan voluntariamente los administrados.

El artículo 124° dispone expresamente que las unidades de recepción documental de las entidades administrativas están obligadas a recibir y dar ingreso las solicitudes y formularios que presenten los administrados, prohibiéndose tajantemente la posibilidad de calificar, negar o diferir su admisión como lamentablemente todavía sucede con frecuencia en nuestra práctica administrativa, olvidando que las mencionadas unidades de recepción no son las idóneas para calificar el contenido de los escritos que presenten los particulares.

Los artículos 125° y 126° de la Ley perfeccionan los requisitos, formalidades y efectos de la posibilidad de subsanar o corregir la documentación que los particulares presenten ante la Administración Pública, mecanismo con cierta tradición en nuestro derecho administrativo aunque muchas veces ignorado por la Administración, que se encuentra sin lugar a dudas vinculado al principio de informalismo consagrado por el numeral 6) del artículo IV del Título Preliminar.

4. La Ordenación del Procedimiento Administrativo.

La ley las normas sobre ordenación del procedimiento son aquellas que tienen por finalidad regular la actividad de las autoridades o funcionarios administrativos dirigida a encauzar los

distintos trámites procesales en el orden y con la finalidad establecida por la ley, cualquiera sea la fase del procedimiento que se trate, ya sea la de iniciación, instrucción, terminación del procedimiento o ejecución.

El artículo 145° consagra la regla de impulsión de oficio del procedimiento administrativo que guarda estrecha relación con el respectivo principio general consagrado en el Título Preliminar de la misma Ley.

El artículo 146° disciplina el régimen de las medidas cautelares que puede adoptar la Administración para asegurar la eficacia de sus resoluciones, sujetándolas al cumplimiento de requisitos para su procedencia.

Finalmente, el artículo 158° de la Ley regula la queja que pueden presentar los particulares afectados por defectos de tramitación, aclarando que no participa de la naturaleza de un recurso administrativo de los contemplados por el artículo 207°, porque su finalidad es precisamente resguardar el cumplimiento de las reglas de ordenación del procedimiento y no cuestionar o impugnar un acto administrativo concreto.

5. La Instrucción del Procedimiento Administrativo.

la Ley regula el régimen de las actividades destinadas a proporcionar a la autoridad o funcionario competente los elementos de juicio necesarios para resolver. Comprende tanto la obtención y la práctica de pruebas destinadas a comprobar adecuadamente los hechos como la aportación de datos jurídicos que sirvan de fundamento para la resolución. El artículo 159° de la ley enfatiza el aspecto inquisitivo de la fase de instrucción cuando dispone que corresponde a la autoridad o funcionario a cargo del procedimiento realizar de oficio todas las actuaciones necesarias para la actuación instructora, sin perjuicio del derecho de los administrados para proponer actuaciones probatorias, o formular alegaciones en cualquier momento como lo establece para este último caso el numeral 1) del artículo 161°, que pone en evidencia como en el procedimiento administrativo, a diferencia de los procesos judiciales, no rige por regla general el principio de preclusión para que los interesados formulen alegaciones que permitan aportar elementos de juicio para la ulterior decisión administrativa.

El artículo 160° desarrolla con cierto detalle un derecho elemental del administrado en el procedimiento administrativo pero que se ha considerado indispensable reforzar para garantizar el ejercicio del derecho de defensa y que consiste en la obligación por parte de las autoridades y funcionarios de facilitar al administrado, a sus representantes o a su abogado, a sola petición verbal, el acceso directo al respectivo expediente administrativo en cualquier momento de su trámite, así como obtener certificaciones de su estado y recabar copias del mismo. Se trata a no dudarlo de una potestad del particular derivada del derecho constitucional de acceso a la información que obra en poder de la Administración Pública, que obviamente se amerita en mayor medida en el caso del administrado participante de un procedimiento administrativo.

El numeral 2) del artículo 161° consagra un derecho hasta cierto punto innovador en nuestro ámbito administrativo, aunque con una tradición muy antigua en el derecho comparado, y que se manifiesta en la obligación impuesta a la Administración en los casos de procedimientos sancionadores o que tienen por finalidad generar actos administrativos de gravamen en contra de los administrados, generalmente iniciados de oficio o por denuncia de terceros, de permitirles ejercer el derecho de defensa mediante el otorgamiento de un plazo para la presentación de descar-

gos previo a la emisión de la decisión administrativa, sin perjuicio de su derecho para impugnar posteriormente la resolución que se emita.

El numeral 2) del artículo 162° de la Ley traduce la regla conforme al cual corresponde a quien ejercita una pretensión probar los hechos constitutivos de la misma.

Dispone e artículo 163° de la Ley que no es indispensable una petición del administrado para la realización de pruebas, porque en virtud del principio inquisitivo o de impulso de oficio corresponde mas bien a la autoridad o funcionario instructor decidir la actuación de prueba cuando se de algunos de los dos supuestos contemplados por el numeral 1) del citado dispositivo: en los casos en que la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija.

No obstante que no se contempla en la Ley norma alguna que disponga que la proposición y la práctica de las pruebas se realice en un momento determinado, si se establecen algunos requisitos y garantías en el citado artículo 163° entre los que se cuenta el señalamiento de un plazo que no puede ser mayor de quince días ni inferior de tres días para su actuación y la obligación de la Administración de comunicar a los administrados con antelación suficiente la actuación de la prueba indicando el lugar, la fecha y la hora.

Respecto de los medios de prueba el artículo 166° de la Ley deja abierta la posibilidad de utilizar todos los que puedan servir para acreditar los hechos relevantes para la resolución del procedimiento, salvo los que hayan sido prohibidos por alguna otra norma legal.

Los artículos 171° a 174° de la Ley establecen algunas reglas novedosas respecto de los informes que pueden solicitarse a otros funcionarios o entidades con el objeto de ilustrar al funcionario o autoridad instructora con elementos de juicio necesario para adoptar una decisión. El numeral 2) del artículo 171° establece que por regla general los informes ostentan carácter meramente facultativo y no vinculante salvo disposición en contrario, por lo que la autoridad encargada de resolver no estará obligada a resolver en el sentido propuesto por el informe. El artículo 172° establece diversos requisitos para la solicitud de informes otorgándose potestad al funcionario requerido para rechazar la solicitud que le hayan formulado si considera que no se ajusta a los mencionados requisitos. El propósito ha sido impedir que se dilate innecesariamente el trámite de los procedimientos como sucede muchas veces en la práctica administrativa cuando los funcionarios o autoridades requieren innecesariamente informes que no tienen relevancia para la decisión final.

6. Participación de los Administrados.

La Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General establece que sin perjuicio de la existencia de diversos mecanismos consagrados en el ordenamiento jurídico peruano para permitir la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos (revocatoria y remoción de autoridades, rendición de cuentas, etc.), establece otras dos modalidades de participación de los administrados durante la instrucción de un procedimiento administrativo: la audiencia pública y el período de información pública.

La audiencia pública tiene por finalidad promover la participación de terceros en el procedimiento administrativo en aquellos casos en que la decisión administrativa pudiera afectar derechos o intereses cuya titularidad corresponda a personas indeterminadas, tales como en materia ambiental, ahorro público, valores culturales, derechos del consumidor, planeamiento urbano y

zonificación, etc. El artículo 182° de la Ley incorpora la audiencia pública como tramite obligatorio en los supuestos tasados en el numeral 1) de dicho precepto, estableciendo expresamente en el numeral 2) que su omisión determina la nulidad del acto administrativo que se dicte. Constituye a no dudarlo un mecanismo idóneo para garantizar la transparencia de las actuaciones administrativas disminuyendo el riesgo de posibles errores en la adopción de decisiones, con el consiguiente beneficio en el consenso que puede generar en la colectividad y la mayor legitimidad de la autoridad pública.

El denominado período de información pública regulado por el artículo 185° de la Ley constituye un acto de instrucción que tiene por objeto permitir la mas amplia participación ciudadana para la mejor ilustración de la autoridad o funcionario encargado de resolver, por la vía de incorporar al expediente los alegatos y documentos que se presenten.

7. Fin del Procedimiento.

La Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General regula los dos tipos de terminación del procedimiento administrativo reconocidos por la doctrina: la terminación normal, que se produce por la emisión de la resolución que decide las cuestiones planteadas en el procedimiento o que se derivan del mismo y las formas de terminación anormal que se producen cuando el procedimiento termina sin que se haya producido el acto final resolutorio de las cuestiones de fondo, en tales casos el procedimiento no llega a su fin por voluntad expresada directamente por los administrados como es el caso del desestimiento y de la renuncia, o indirectamente como es el caso del abandono y ciertos supuestos del silencio administrativo.

De conformidad con el numeral 2) del artículo 187° de la Ley la resolución que pone fin al procedimiento estará impedida de vulnerar el principio denominado "reformatio in peius" en virtud del cual con motivo de una petición formulada por un particular no se puede agravar la situación inicial del administrado, sin perjuicio de que la Administración pueda incoar de oficio un nuevo procedimiento.

Probablemente una de las principales innovaciones introducidas por la Ley en lo relativo a la terminación del procedimiento administrativo resida en el artículo 188°[41] que regula el régimen y las consecuencias del silencio administrativo, sin perjuicio de otras normas dispersas en el mismo proyecto que establecen el tipo de silencio aplicable en casos concretos[42].

[41] *Art. 188°.- Efectos del silencio administrativo.*

188.1 Los procedimientos administrativos sujetos a silencio administrativo positivo quedarán automáticamente aprobados en los términos en que fueron solicitados si transcurrido el plazo establecido o máximo, la entidad no hubiera comunicado al administrado el pronunciamiento.

188.2 El silencio administrativo tiene para todos los efectos el carácter de resolución que pone fin al procedimiento, sin perjuicio de la potestad de nulidad de oficio prevista en el artículo 202 de la presente Ley.

188.3 El silencio administrativo negativo tiene por efecto habilitar al administrado la interposición de los recursos administrativos y acciones judiciales pertinentes.

188.4 Aun cuando opere el silencio administrativo negativo, la administración mantiene la obligación de resolver, bajo responsabilidad, hasta que se le notifique que el asunto ha sido sometido a conocimiento de una autoridad jurisdiccional o el administrado haya hecho uso de los recursos administrativos respectivos.

188.5 El silencio administrativo negativo no inicia el cómputo de plazos ni términos para su impugnación.

[42] He trabajado el tema en: "El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración". Publicado en Revista Ius Et veritas N° 13. 1996, pg. 225 y ss.

El citado precepto parte de una concepción del silencio administrativo en función de la modalidad positiva o negativa como haya sido establecido por la norma pertinente. Para la Ley el silencio administrativo de carácter negativo es una simple ficción legal de efectos meramente procesales, establecido en beneficio del particular para permitirle el acceso a la impugnación judicial de las decisiones administrativas. El silencio administrativo negativo combate la omisión, el retardo o la demora de la Administración en cumplir su deber de resolver. No es equiparable a un acto administrativo presunto, porque en verdad no se trata de un acto administrativo en sentido desestimatorio, es más bien un hecho al cual la ley le asigna efectos jurídicos que no expresa voluntad alguna de la Administración, carece de sentido en si mismo si no es para ser impugnado por decisión del administrado. Por dicha razón el numeral 3) del artículo 188° señala que el silencio negativo faculta al administrado la interposición de los recursos administrativos o el inicio de los procesos judiciales pertinentes si fuera el caso, el numeral 5) establece expresamente que el silencio administrativo no inicia el cómputo de plazos ni términos para su impugnación porque no se trata de un verdadero acto administrativo y correlativamente el numeral 4) establece que aunque opere el silencio administrativo por el solo vencimiento del plazo para terminar el procedimiento administrativo la Administración no la exime de la obligación de resolver de manera expresa hasta que el particular opte por interponer los recursos administrativos o iniciar los procesos judiciales que la ley le franquea.

El silencio administrativo de carácter positivo en cambio si genera un verdadero acto administrativo presunto de la Administración porque en dicho supuesto se entiende otorgado lo pedido por el Administrado si su petición se ajusta a lo previsto en el ordenamiento jurídico. A diferencia del silencio negativo en el que la falta de pronunciamiento de la Administración dentro de los plazos previstos por la ley no la exime de resolver las cuestiones planteadas si el particular no ha optado por interponer el recurso administrativo o la demanda judicial correspondiente, en el caso del silencio positivo el vencimiento del plazo para que la Administración adopte una decisión supone el otorgamiento de la autorización o licencia solicitada por el particular de modo que la Administración ya no puede resolver en forma expresa en sentido contrario al otorgamiento positivo o revocarlo, salvo que su contenido se oponga al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, solo en ese supuesto la Administración podrá declararlo nulo mediante el procedimiento de revisión de oficio establecido en el artículo 202° de la Ley.

En el artículo 191° de la Ley se establece que el denominado abandono como forma de terminación anormal del procedimiento, solo se produce en los procedimientos iniciados a solicitud del administrado y siempre que dicho particular haya incumplido con la realización de algún trámite que le haya sido requerido. El abandono nunca puede producirse por el mero transcurso del tiempo ni por razones imputables a la Administración porque esta rigurosamente obligada a ceñirse al principio de impulso de oficio en todos los trámites del procedimiento.

Finalmente, creo conveniente recordar que en nuestro medio la nueva Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General ha regulado de manera específica a los que denomina "procedimientos administrativos trilaterales" (arts. 219° a 228°) para encauzar aquellos supuestos en los que la ley confiere potestades a los órganos de la administración pública para resolver en sede administrativa controversias que enfrente a dos o mas particulares entre sí, sin perjuicio de que en caso de inconformidad con lo resuelto por la administración la parte que se siente afectada en virtud del derecho a la tutela judicial puede acudir a la justicia para cuestionar la legalidad de la decisión administrativa.

IV. EL REGIMEN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: REGLAS DE VALIDEZ, SILENCIO ADMINISTRATIVO, PRINCIPIO DE AUTOTUTELA, LA REVISIÓN DE LOS ACTOS EN VÍA ADMINISTRATIVA.

1. DEFINICIÓN.

La Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27444 peruana no sólo establece las reglas que regulan el cauce formal por el que debe discurrir la actividad de la Administración Pública en sus relaciones con los ciudadanos, sino que también comprende la regulación del régimen de los actos administrativos, como producto típico de la actuación administrativa o resultado final de los procedimientos administrativos, estableciendo sus elementos esenciales, la forma de elaboración y las reglas para determinar la validez y eficacia de los mismos, independizando su tratamiento legislativo respecto de institutos análogos como el acto jurídico regulado por el Código Civil.

El numeral 1) del artículo 1° de la Ley[43] consagra una definición de acto administrativo coincidente con las definiciones más usuales de la doctrina y la legislación comparada. El acto administrativo constituye una manifestación de voluntad, lo que supone siempre la exteriorización de un proceso intelectual de cognición o juicio que conforme al artículo 5°.1 puede consistir en una decisión, opinión o constatación por parte de la administración y que está destinada a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados. Por tal razón no son consideradas actos administrativos por el numeral 1.2.2) las actuaciones puramente materiales de la administración realizadas desprovistas de la cobertura de un acto administrativo, las cuales son conocidas como hechos administrativos porque no implica una exteriorización intelectual sino puramente material.

Asimismo, los actos administrativos deben proceder de una autoridad, funcionario u organismo que forma parte de la Administración Pública, lo cual excluye a los actos jurídicos que realicen los administrados para iniciar, o al interior de, un procedimiento administrativo como cuando presentan solicitudes, interponen recursos, etc. Por ser un acto de carácter esencialmente unilateral tampoco están comprendidos los contratos o convenios por cuanto son producto de un acuerdo de voluntades y no de una decisión administrativa unilateral. Además los actos administrativos deben ser producto del ejercicio de potestades regidas por normas del derecho público, lo que también excluye a las actuaciones que en ocasiones lleva a cabo la Administración sujetándose a las normas del derecho privado como cualquier particular.

En el numeral 1.2.1) del citado artículo 1° se precisa que los actos de administración interna de las entidades administrativas, en ocasiones también conocidos por la equívoca denominación de "actos de la administración", no estarán regulados por las normas de la Ley, salvo en lo que se refiere a las disposiciones del Título Preliminar y por aquellas normas de la Ley que expresamente los comprenda como es el caso de los artículos 7° ("Régimen de los actos de administración interna") y 28° ("Comunicaciones al interior de la administración") entre otros, lo cual se

[43] *Art. 1°.- Concepto de acto administrativo.*

1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades destinadas que en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

justifica en la necesidad de permitirle a la Administración organizarse internamente de forma mas dinámica según criterios de celeridad, flexibilidad y eficacia, ya que se trata de actuaciones que no están sujetas a las mismas garantías y requisitos que los actos administrativos que si tienen repercusión sobre los particulares.

En el artículo 2°[44] se ha previsto la posibilidad que de que la Administración pueda someter al acto administrativo a condición, termino o modo, pero sujeto a una serie de requisitos, entre los que se cuenta la necesidad de que una ley así lo autorice.

2. Reglas de validez.

El artículo 3° de la Ley establece los requisitos de validez del acto administrativo entre los que se cuenta lo que la doctrina denomina elementos subjetivos de los actos administrativos (competencia), elementos objetivos (objeto o contenido y finalidad pública) y elementos formales (la motivación y el procedimiento regular). En lo que respecta a la competencia es obvio que el acto administrativo requiere para producirse que sea emitido por una entidad que forme parte de la Administración Pública dotada de competencia, definida esta última como la medida de la potestad que corresponde a cada órgano. Asimismo el acto administrativo debe guardar estricta correspondencia con la finalidad pública para el cual las normas legales han configurado la potestad administrativa que da origen a dicho acto, el mismo que debe ser fruto del ejercicio de potestades establecidas por la ley y no producto del principio de la autonomía de la voluntad que no tiene lugar en el ámbito de lo público que se rige por el principio atributivo.

En lo que respecta a la forma la Ley parte de la consideración de que los actos administrativos no pueden ser producidos de cualquier manera a discreción de las autoridades o funcionarios públicos, para lo cual se establece en el numeral 1) del artículo 4°[45] que la forma normal de manifestación externa es la escrita, porque se entiende que la forma escrita permite asegurar la certeza de su producción y verificar la observancia de las reglas de procedimiento. Sin embargo se admite otras formas de manifestación siempre que hayan sido previstas por alguna norma legal y que se permita tener constancia de su existencia.

El artículo 6° de la Ley desarrolla con mayor detalle el requisito de la motivación de los actos administrativos disponiendo la obligación de la Administración de describir la fundamentación fáctica y jurídica que ha tomado en cuenta para adoptar una decisión, estableciendo sólo por excepción en el numeral 4) del citado artículo algunos supuestos en los que no es necesario la motivación del respectivo acto. En términos generales la motivación de los actos administrativos es indispensable porque permite que los administrados tengan conocimiento de las razones que llevan a la Administración a resolver de un determinado modo a efectos de permitir su mejor defensa, ya que el particular podrá impugnar el respectivo acto administrativo con posibilidad de

[44] *Art. 2°.- Modalidades del acto administrativo.*

2.1 Cuando una ley lo autorice, la autoridad, mediante decisión expresa, puede someter el acto administrativo a condición, término o modo, siempre que dichos elementos incorporables al acto, sean compatibles con el ordenamiento legal, o cuando se trate de asegurar con ellos el cumplimiento del fin público que persigue el acto.

[45] *Art. 4°.- Forma de los actos administrativos.- .....4.1) Los actos administrativos deberán expresarse por escrito, salvo que por la naturaleza y las circunstancias del caso, el ordenamiento jurídico haya previsto otra forma, siempre que permita tener constancia de su existencia....".*

criticar el sustento sobre el que se funda, además de que la motivación facilita su eventual control por parte del Poder Judicial[46], porque constituye un medio de prueba para conocer las razones tenidas en cuenta por el funcionario o autoridad administrativa que resolvió. Sin embargo, la motivación no se establece con el sólo propósito de garantizar al administrado la fiscalización de las actuaciones administrativas, también colabora al mejor desempeño de la Administración porque obliga a los funcionarios a razonar con mayor cautela sus decisiones.

El artículo 8° de la Ley define al acto administrativo válido como aquel dictado conforme al ordenamiento jurídico, es decir es decir, el acto emitido observando los requisitos de formación establecidos en el artículo 3° y demás normas pertinentes. En este punto es importante destacar que la Ley ha precisado las diferencias entre los conceptos "validez" y "eficacia" de los actos administrativos, porque mientras la "validez" de acto hace referencia a su conformidad con el ordenamiento jurídico, el artículo 16.1 establece que la "eficacia" es el momento a partir del cual el acto administrativo produce sus efectos. Por tanto los citados conceptos "validez" y "eficacia" ostentan en la Ley una caracterización que no necesariamente coincide con la consagrada por el Código Civil por lo que el estudio y análisis dogmático de su régimen jurídico, así como del acto administrativo en general, debe realizarse exclusivamente desde la perspectiva de la regulación del Derecho Administrativo.

Asimismo el artículo 9° de la Ley consagra de manera expresa en el ordenamiento administrativo peruano lo que la doctrina denomina uniformemente la presunción de validez de los actos administrativos, conforme al cual los actos administrativos se considerarán válidos y por ende susceptibles de generar efectos jurídicos u obligaciones de cumplimiento inmediato por parte de sus destinatarios mientras que su invalidez no sea declarada por autoridad administrativa mediante el mecanismo de la nulidad de oficio a que se refiere el artículo 202° de la Ley[47], o por autoridad judicial en un proceso contencioso-administrativo que conforme a la Ley reguladora del proceso contencioso administrativo N° 27584 tiene entre las pretensiones que pueden articularse en dicho proceso la declaración de nulidad, total o parcial de los actos administrativos que sean considerados contrarios al ordenamiento jurídico.

El denominado por la doctrina principio de presunción de validez de los actos administrativos constituye otro de los elementos característicos del Derecho Administrativo en cuya virtud los actos dictados por una autoridad administrativa se presumen legítimos en tanto su invalidez o disconformidad con el ordenamiento jurídico no sea expresamente declarada por quienes están facultados legalmente para constatarlo. Dicho principio consagra una presunción iuris tantum (admite prueba en contrario) y tiene por fundamento la necesidad de asegurar que la administración pública pueda realizar sus funciones en tutela del interés público sin que los llamados a cumplir sus decisiones puedan obstaculizar las actuaciones de la administración en base a cuestionamientos que no hayan sido confirmados por las autoridades administrativas o judiciales competentes para controlar la legalidad de los actos administrativos. Como señala el profesor

[46] Respecto de la importancia de la motivación de los actos administrativos: Guido Santiago Tawil y Laura Mercedes Monti. La motivación del acto administrativo. Edit. Depalma. Buenos Aires 1998. También: Marcos Fernando Pablo. La motivación del acto administrativo. Edit Tecnos. Madrid. 1993, y Diego Zegarra Valdivia "La motivación del acto administrativo en la Ley N° 27444, nueva Ley de Procedimiento Administrativo General", en: AAVV Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444. Segunda parte. Ara editores, Lima 2003 pg. 177.

[47] *Art. 202°.1.- En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10°, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agravien el interés público.*

argentino Juan Carlos Cassagne[48] "Si no existiera tal principio, toda la actividad estatal podría ser cuestionada con la posibilidad de justificar la desobediencia como regla normal en el cumplimiento de los actos administrativos, obstaculizando...el cumplimiento de los fines públicos al anteponer el interés individual y privado al bien común, sin atender a la preponderancia que aquellos representan como causa final del estado".

En concordancia con lo explicado el artículo 12.2 de la Ley establece que sólo respecto de los actos administrativos expresamente declarados nulos, ya sea por la propia administración pública en virtud de los recursos que puedan haber interpuesto los interesados o en base a la potestad de declarar la nulidad de oficio de sus propios actos, o por el Poder Judicial en ejercicio de su poder de control de la legalidad de la actuación administrativa, los particulares y los servidores públicos podrán oponerse o negarse al cumplimiento de los mismos.

Es importante clarificar el contenido de algunos términos que emplea la Ley (nulidad, invalidez, revocación) que no necesariamente coinciden con los antecedentes nacionales o con otros referentes usuales (anulación, inexistencia) del derecho administrativo comparado. Según lo establece el artículo 8° de la Ley el acto administrativo "valido" es aquel dictado conforme al ordenamiento jurídico. Pero como señala Boquer[49] "..el ordenamiento jurídico reacciona contra los actos administrativos que lo infringen. La intensidad de su reacción contra los actos administrativos ilegales depende de la gravedad de la infracción por estos cometida". Por tanto, acto administrativo "invalido" sería aquel en el que existe discordancia entre el acto y el ordenamiento jurídico y por tanto es un acto ilegal. Sin embargo no todo acto administrativo invalido es un acto administrativo susceptible de ser declarado nulo en los términos previstos por el artículo 10° de la Ley , ya que solo estaremos ante un acto administrativo susceptible de ser declarado nulo cuando padezca de los vicios contemplados por dicho precepto, porque si se trata de un acto que padece de los vicios considerados no trascendentes o no relevantes por el artículo 14° de la Ley, entonces no procede la declaratoria de su nulidad, sino la posibilidad de que recobre su validez mediante la subsanación o enmienda de su ilegalidad por la propia Administración Pública. Los supuestos de conservación del acto administrativo contemplados por el citado artículo 14° de la Ley tienen por objetivo privilegiar la eficacia de la actuación administrativa frente a irregularidades de los actos administrativos que la ley estima leves. Por tanto acto administrativo "nulo" sería aquel que padece de algunas de las causales de invalidez trascendentes o relevantes previstas por el artículo 10° de la Ley y que ha sido expresamente declarado como tal ("nulo de pleno derecho" dice el primer párrafo del artículo 10° de la Ley) por la autoridad administrativa o judicial competente, determinando la expulsión del acto administrativo del mundo jurídico[50].

Recapitulando: en la Ley de Procedimiento Administrativo General peruana no siempre la consecuencia ordinaria de la invalidez de un acto administrativo es su declaratoria de nulidad, porque el artículo 10° de la Ley sólo ha querido reservar esa consecuencia a los actos que incurren en vicios graves de legalidad, ya que respecto de los actos que padecen de vicios

[48] Juan Carlos Cassagne "Derecho Administrativo", Tomo II, 5ta edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pgs. 20, 21.

[49] Boquer Oliver, José María. "Grados de ilegalidad del acto administrativo". Revista de Administración Pública Núms. 100-102. 1983, Madrid, Pg. 1003.

[50] Alejandro Nieto. Estudio Preliminar a la obra de Margarita Beladiez Rojo "Validez y Eficacia de los actos administrativos". Marcial Pons. Madrid 1994. Pg. 23.

considerados no trascendentes por el artículo 14° de la Ley la regla es permitir su enmienda por la propia Administración.

La "nulidad de pleno derecho" a que se refiere el primer párrafo del artículo 10° de la Ley requiere ser expresamente declarada por los órganos legitimados para hacerlo y por tanto no opera de manera automática. En el ordenamiento administrativo procedimental Peruano no es posible sostener que un acto administrativo es nulo y no surte efecto alguno por mas grave que sea el vicio de que padezca, si es que no ha sido expresamente calificado como tal por autoridad competente conforme a los procedimientos establecidos legalmente. Por tanto, la categoría de acto administrativo "inexistente" que tiene amplia acogida en el derecho administrativo argentino y que alude a conductas de la administración "manifiesta o groseramente ilegítimas" de las que no debe presumirse su validez[51], no ha sido acogida en la Ley de Procedimiento Administrativo General , en la que el grado máximo de invalidez prevista legalmente es precisamente la nulidad de pleno derecho del acto administrativo viciado[52].

La legislación administrativa peruana, a diferencia de otros ordenamientos administrativos, tampoco ha recogido expresamente la categoría del acto administrativo anulable (también denominado "nulidad relativa"), el cual es conocido en la doctrina como aquel acto administrativo que padece de vicio leve o de menor gravedad, razón por la que puede ser convalidado mediante la subsanación a posteriori de los vicios que adolece. Sin embargo, esta omisión es sólo aparente, porque aunque la categoría acto administrativo anulable no existe en la Ley lo sustancial de la misma esta implícita en las reglas referidas a la conservación de los actos administrativos contenidas en el artículo 14°, porque como ya se ha comentado tratándose de actos que padecen de vicios considerados no trascendentes o no relevantes por dicho dispositivo los entes administrativos están legalmente obligados a subsanarlos, anticipándose a una eventual impugnación de los mismos por parte de los administrados..

Finalmente, la revocación de los actos administrativos es una de las modalidades de revisión de oficio de los actos administrativos previstas en el Capítulo I del Título III de la Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27444, junto con la rectificación de errores materiales o aritméticos (art. 201°) y la nulidad de oficio (art.202°). Mientras que la declaratoria de nulidad de oficio es una potestad otorgada a la Administración pública para que determine la extinción de un acto administrativo con fundamento en estrictas razones jurídicas de ilegitimidad por vicios contemplados en el artículo 10° de la Ley, la revocación es una potestad también otorgada a la administración pública y que determina la extinción de un acto administrativo pero con fundamento en meras razones de oportunidad o conveniencia con el interés público, motivo por la cual el artículo 203° de la Ley por razones de seguridad jurídica lo regula con carácter restringido.

[51] Agustín Gordillo. opus, cit, pg. XI-36 proporciona algunos ejemplos de actos administrativos que considera inexistentes: una decisión adoptada por quien no es órgano estatal; o siendo un órgano estatal actúa con evidente o grosera incompetencia, o el contenido es imposible de hecho, absurdo, impreciso, contradictorio, etc.

[52] Juan Carlos Cassagne. opus cit, pg. 184, quien es acérrimo crítico del concepto de acto inexistente considera que los supuestos de defecto grave pueden ser incluidos dentro de la categoría de nulidad absoluta, mientras que si se tratare de un grosero comportamiento material de la Administración se estaría ante la denominada "vía de hecho administrativa", que en el caso peruano la Ley de Procedimiento Administrativo General los excluye expresamente del concepto de acto administrativo en el artículo 1.2.2 cuando alude a "los comportamientos y actividades materiales de las entidades". Mario Linarez Jara "Régimen de invalidez del acto administrativo en la Ley del Procedimiento Administrativo General", publicado en ADVOCATUS N° 5, Lima, pg. 404, opina que "Al no haber tomado la LPAG la figura del acto administrativo inexistente, los actos administrativos que no contengan los presupuestos mínimos constitutivos de forma manifiesta, deberán asimilarse a los actos nulos, siendo deber de la autoridad competente invalidarlos de inmediato".

En lo que respecta a las causales de nulidad de los actos administrativos el artículo 10° de la Ley[53] contempla cuatro causales con carácter de numero clausus o taxativo porque el legislador ha querido atender al criterio de la esencialidad del vicio en la configuración de las causales.

Entre las causales de nulidad es importante destacar la prevista en el inciso c) del citado artículo 10° que contempla la posibilidad de que se pueda declarar la nulidad de los actos que resulten como consecuencia de los procedimientos administrativos de aprobación automática regulados por el artículo 31° de la Ley y de los actos generados por silencio administrativo positivo en los procedimientos de evaluación previa a que se refiere el artículo 33° de la Ley y otros dispositivos legales.

De acuerdo con el citado artículo 31° de la Ley los procedimientos de aprobación automática suponen la conformidad administrativa de la solicitud formulada por el particular desde el mismo momento de su presentación, no generan un pronunciamiento expreso por parte de la Administración siendo suficiente la copia o cargo con el sello de recepción para acreditar su realización, operan respecto de aquellas actividades particulares que son de libre ejercicio pero sometidas a un control de tipo posterior o sucesivo por parte de la Administración en los términos a que se refiere el artículo 32° de la Ley.

En los procedimientos administrativos de aprobación automática la solicitud constituye en verdad una comunicación o aviso a la Administración del inicio de actividades por parte de los particulares[54], a diferencia de los procedimientos administrativos de evaluación previa en lo que la Administración cuenta con un plazo (treinta días hábiles según el artículo 35° de la Ley) para poder verificar el cumplimiento de los requisitos y/o la legalidad de la documentación presentada por el particular antes de pronunciarse, en los procedimientos de aprobación automática claramente diseñados como instrumentos de celeridad y simplificación administrativa rige el principio de presunción de veracidad de lo afirmado por el solicitante, por lo que la Administración queda facultada para realizar un control posterior o sucesivo de carácter aleatorio que a tenor de lo dispuestø por el artículo 32.3 de la Ley "en caso de comprobar fraude o falsedad en la declaración, información o en la documentación presentada por el administrado..." traerá como consecuencia la declaratoria de nulidad de los derechos o facultades ilícitamente obtenidos.

Como se sabe el silencio administrativo positivo constituye una figura creada por el legislador a favor del administrado, con la finalidad de combatir la pasividad o negligencia administrativa. En los procedimientos en los que por mandato legal opera el silencio administrativo positivo, como es el caso de los previstos por el artículo 33° de la Ley , la omisión de pronunciamiento formal por parte de la Administración dentro de los plazos legalmente establecidos para la resolución de los procedimientos administrativos de evaluación previa, equivale a la emisión de un

[53] *Art. 10°.- Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:*

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14°.

3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.

4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

[54] En el mismo sentido: Morón, Juan Carlos "Comentarios a la nueva Ley de Procedimiento Administrativo General", Gaceta Jurídica, Lima 2001, pgs. 137 y 138. Ver también Nuñez Lozano, M.ª del Carmen "Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo". Marcial Pons. Madrid 2001.

acto administrativo presunto estimatorio o aprobatorio de la petición formulada por el particular. Vencido el mencionado plazo previsto para resolver, la Administración ya no puede pronunciarse tardíamente en sentido contrario al otorgamiento de lo solicitado o revocarlo, porque se entiende que ha finalizado el procedimiento administrativo y por ende perdido la competencia para pronunciarse, salvo que su contenido se oponga al ordenamiento jurídico, caso en el cual sólo podrá declarar su nulidad de oficio en base a la potestad que le confiere el artículo 202° de la Ley[55].

La posibilidad de declarar la nulidad del acto administrativo presunto de carácter favorable al particular obtenido como consecuencia del silencio administrativo positivo tiene por finalidad evitar que se utilice abusivamente dicha técnica para obtener beneficios indebidos o contrarios al ordenamiento jurídico, porque es evidente que no se puede adquirir por silencio administrativo positivo lo que no es posible otorgar legítimamente de modo expreso

En lo que respecta a la vía e instancia competente para declarar la nulidad de acto administrativo el artículo 11.1[56] de la Ley establece que los administrados sólo podrán solicitar la nulidad de los actos administrativos a través de los recursos administrativos previstos en la ley para impugnar los citados actos, lo que excluye la posibilidad de que puedan formular recursos específicos ("recursos de nulidad", etc.) para exigir la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, a diferencia de otros ordenamientos administrativos como el Español y Argentino en los que dicha posibilidad si esta permitida.

En este punto conviene recordar que la nulidad de los actos administrativos puede ser declarada en sede administrativa por la entidad autora de oficio, en ejercicio de la potestad que le confiere el artículo 202° de la Ley, o a pedido de parte de los interesados mediante los recursos administrativos contemplados en la citada ley y sujeto a los plazos de interposición legalmente establecidos.

La citada potestad de declarar la nulidad de oficio consagrada por el citado artículo 202° de la Ley no impide que los particulares puedan acudir ante la Administración utilizando su facultad de iniciativa para pedirle o recomendarle utilizar la referida potestad, pero dicha iniciativa no tiene el mismo tratamiento que un recurso administrativo por cuanto no participa de ese carácter y por tanto no esta sujeto a los requisitos y reglas de plazo y trámite de los recursos. Corresponderá a la entidad pública que conoce de la comunicación evaluar si se cumplen los requisitos establecidos en la Ley para decidir la utilización o no de la potestad de declarar de oficio la nulidad de un acto administrativo.

Conforme al artículo 11.1 de la Ley la declaratoria de nulidad en sede administrativa de un acto administrativo a pedido de parte sólo puede ser exigida mediante los recursos establecidos

[55] Así lo establece el artículo 188.2 de la LPAG con el siguiente tenor: "El silencio administrativo tiene para todos los efectos el carácter de resolución que pone fin al procedimiento, sin perjuicio de la potestad de nulidad de oficio prevista en el Artículo 202° de la presente Ley", precepto que en nuestra opinión se refiere exclusivamente al silencio administrativo de carácter positivo y no al de tipo negativo.

[56] *LPAG. Artículo 11°.- Instancia competente para declarar la nulidad.*

11.1 Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernen por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente ley.

11.2 La nulidad será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto. Si se tratara de un acto dictado por una autoridad que no esté sometida a subordinación jerárquica, la nulidad se declarará por resolución de la misma autoridad.

11.3 La resolución que declara la nulidad, además dispondrá lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido".

por el artículo 207°[57] de la Ley y por tanto debe ajustarse a las reglas establecidas para utilizar dicho tipo de mecanismos de revisión de los actos administrativos. La solicitud de que se declare la nulidad de un acto debe ser articulada como una pretensión dentro del recurso administrativo correspondiente.

En cuanto a la instancia competente para declarar la nulidad el artículo 11.2 de la Ley establece que es competente la autoridad superior de quien dicto el acto administrativo viciado, lo cual determina que en caso que la nulidad sea solicitada mediante la interposición de un recurso administrativo deba emplearse preferentemente el recurso de apelación (art. 209°) o, de corresponder legalmente, el de revisión (art. 210°), porque en ambos casos la resolución de los citados recursos corresponden a autoridades de jerarquía superior a quien dicto el acto administrativo materia de impugnación.

La excepción esta constituida por aquellos casos en que el acto administrativo viciado ha sido dictado por un funcionario o autoridad no sometido a superioridad jerárquica (ministros, titulares de entidades públicas, alcaldes, etc.), supuesto en el cual la nulidad del acto puede ser declarada por resolución del mismo funcionario o autoridad que lo expidió[58] con motivo de la resolución de un recurso de reconsideración.

El artículo 11.3 establece que en la resolución que declare la nulidad de un acto administrativo se debe disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto que se esta invalidando, lo cual constituye una medida que tiene por finalidad disuadir la realización de conductas atentatorias contra la legalidad por parte de quienes ejercen función administrativa. Por tanto en los casos en que la autoridad jerárquicamente superior declare la nulidad de un acto administrativo, ya sea a pedido de parte o de oficio, deberá disponer que se inicie el correspondiente procedimiento disciplinario contra el funcionario que emitió el acto invalidado. Al respecto conviene tener presente que en el artículo 239° de la Ley se contempla entre los supuestos de faltas administrativas que pueden cometer las autoridades y personal al servicio de las entidades administrativas, independientemente de su régimen laboral o contractual, el "incurrir en ilegalidad manifiesta" (numeral 9) y "resolver sin motivación algún asunto sometido a su competencia" (numeral 4), entre otras causales, etc.

Es también importante traer a colación que a tenor de lo dispuesto por el artículo 238.2 de la Ley, la sola declaratoria de nulidad de un acto administrativo, ya sea en sede administrativa de oficio (art. 202°) o a pedido de parte mediante los recursos administrativos previstos en la ley (art. 11.1), o por resolución judicial recaída en un proceso contencioso administrativo, no genera automáticamente derecho al pago de una indemnización a favor de quien resultó en su oportunidad perjudicado por el acto posteriormente declarado nulo, porque se entiende que debe acreditarse efectivamente el perjuicio o lesión sufrida.

[57] *LPAG Artículo 207°.- Recursos administrativos*
207.1 Los recursos administrativos son:
a) Recurso de reconsideración
b) Recurso de apelación
c) Recurso de revisión
207.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días".

[58] Igual regla rige para la declaratoria de nulidad de oficio según lo dispone el artículo 202.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo General - 27444.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad , el artículo 12.1[59] de la Ley dispone que la declaración de nulidad de un acto administrativo basada en una constatación objetiva de los graves vicios que aquejan al acto, retrotrae sus efectos hacia el momento mismo en que el acto nació o sufrió del vicio que lo afecta. Esta regla es ratificada por el artículo 17.2 de la Ley que establece que la declaratoria de nulidad de un acto administrativo no sólo supone la extinción del mismo, sino que surte efectos desde su nacimiento, con carácter declarativo y efectos *ex tunc*.

A diferencia de otras formas de extinción del acto administrativo que también suponen la extinción o retiro de un acto administrativo por causales diferentes a la verificación de su invalidez, como ocurre con el vencimiento del plazo prefijado en el acto, con la satisfacción del objeto del acto o la emisión de un nuevo acto que sustituya el acto originario, situaciones que surten efectos sólo a futuro, la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, tanto en sede administrativa como jurisdiccional, poseerá siempre eficacia retroactiva, remontándose sus consecuencias a los efectos producidos antes de la emisión del acto invalidatorio.

Como señala Meier[60] el acto administrativo declarado nulo no es susceptible de generar efectos jurídicos válidos, desaparece de la vida jurídica como si nunca hubiera existido, los efectos producidos se pierden, se borran, y por supuesto tampoco podrá generar efectos para el futuro.

La excepción a la regla de la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de un acto administrativo esta constituida por los derechos adquiridos de buena fe por terceros, situación en la cual la parte final del citado artículo 12.1 establece de manera expresa que respecto de dichos terceros la proclamación de la invalidez del acto sólo producirá efectos a futuro. Tal sería el caso de personas que no participaron del procedimiento administrativo que dio lugar a la formación del acto viciado pero que podrían ser afectados en sus derechos por las consecuencias derivadas de la declaración de invalidez del acto. En este punto es necesario deslindar entre los denominados derechos adquiridos, es decir los derechos individuales consolidados en el patrimonio de un sujeto con respecto de las simples expectativas que sólo constituyen situaciones provisionales en los que los derechos se encuentran en proceso de formación y que, por tanto, no suponen situaciones merecedoras de protección. En este supuesto el legislador ha determinado que la seguridad jurídica prime sobre el principio de legalidad de la actuación administrativa impidiendo que los efectos de la declaración de nulidad de un acto administrativo, que ha servido de base para la adquisición de derechos por terceros de buena fe, pueda afectarles retroactivamente, restringiendo sus efectos respecto de dichos terceros únicamente para el futuro. En ejemplo de la situación descrita sería el caso que se declare la nulidad de una licencia de funcionamiento otorgada por una municipalidad para el establecimiento de un local comercial que en su momento fue materia de traspaso a favor de un tercero, en esta hipótesis la nulidad respecto del tercero sólo surte efectos para el futuro o ex nunc.

[59] *Artículo 12°.- Efectos de la declaración de nulidad*

12.1 La declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros, en cuyo caso operará a futuro.

12.2 Respecto del acto declarado nulo, los administrados no están obligados a su cumplimiento y los servidores públicos deberán oponerse a la ejecución del acto, fundando y motivando su negativa.

12.3 En caso de que el acto viciado se hubiera consumado, o bien sea imposible retrotraer sus efectos, sólo dará lugar a la responsabilidad de quien dictó el acto y en su caso, a la indemnización para el afectado".

[60] Henrique Meier E. Teoría de las nulidades en el Derecho Administrativo. Editorial Jurídica Alva S.R.L. Caracas, 2001. Pg. 253.

El artículo 12.2, en concordancia con lo dispuesto por el numeral anterior, establece que el acto expresamente declarado nulo pierde todo fuerza vinculante para los particulares y para el personal al servicio de la Administración Pública, respecto de los cuales incluso se dispone de manera imperativa la obligación de oponerse a todo intento de ejecución del acto invalidado. Declarado nulo el acto desaparece la presunción de validez contenida en el artículo 9° de la Ley de Procedimiento Administrativo General-N° 27444.

En la hipótesis que el acto viciado se hubiera consumado en su ejecución o cumplimiento, o bien no sea posible retrotraer los efectos en el tiempo de la declaración de nulidad, el artículo 12.3 establece que en dichos supuestos sólo cabe demandar la responsabilidad del emisor del acto invalidado y, que de ser el caso, se le exija el pago de una indemnización para el posible perjudicado por el acto declarado nulo. Un ejemplo sería que se declare la nulidad de una resolución administrativa que había ordenado demoler una construcción invocando razones urbanísticas y que dicha demolición al momento de declararse la nulidad ya habría sido ejecutada.

En lo que respecta a la conservación del acto administrativo conforme al artículo 14°[61] de la Ley los actos administrativos que padecen de vicios en alguno de sus requisitos de validez de carácter no trascendente o no relevantes no deben declararse nulos de pleno derecho, porque corresponde a las entidades administrativas mas bien proceder a su enmienda, subsanando los vicios o defectos de que adolezcan para que recobren validez.

La finalidad de este dispositivo es salvar la eficacia de las actuaciones administrativas respecto de irregularidades que la propia ley administrativa considera leves. Con tal objeto dispone que deben corregirse las infracciones a los requisitos de validez de los actos administrativos que se estima menos relevantes, para corregir los aspectos viciados y volver a los citados actos plenamente legales y conformes al ordenamiento jurídico.

De esta manera se pone en evidencia que en el régimen administrativo del Perú la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos no constituye siempre la consecuencia necesaria de todo vicio en la formación o en el contenido de los actos administrativos, porque en los casos que la ley considera que un acto administrativo infringe requisitos que estima de menor trascendencia o relevancia debe primar la conservación de las actuaciones realizadas por la Administración, estableciendo la obligación de restablecer la legalidad infringida mediante el perfeccionamiento o subsanación del acto viciado para volverlo plenamente legal.

La potestad de enmendar los actos administrativos afectados por vicios no trascendentes a que se refiere el artículo articulo 14° de la Ley, constituye una obligación para la Administración

[61] *LPAG. Artículo 14°.- Conservación del acto.*

14.1 Cuando del vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:

14.2.1 El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas de la motivación.

14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.

14.2.3 El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado.

14.2.4 Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.

14.2.5 Aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial

14.3 *No obstante la conservación del acto, subsiste la responsabilidad administrativa de quien emite el acto viciado, salvo que la enmienda se produzca sin pedido de parte y antes de su ejecución".*

que se fundamenta en la redacción enfática del citado dispositivo: "*...procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora*", y en la sujeción al principio de legalidad de toda actuación de los entes públicos. Por tanto la Administración esta obligada a ejercer su potestad de subsanación, ya sea de oficio o a pedido de los particulares interesados en la conservación de un determinado acto administrativo.

Respecto de a quien corresponde realizar la subsanación, esta es competencia primaria de la autoridad o funcionario que emitió el acto viciado, pero también del superior jerárquico administrativo en dos situaciones: cuando se ha formulado queja en los términos a que se refiere el artículo 158° de la Ley respecto de vicios en la tramitación de un procedimiento administrativo, en segundo lugar cuando se ha interpuesto recurso para impugnar un acto administrativo, caso este último en el que de corresponder su tramitación al superior jerárquico este podrá corregir todos aquellos vicios o defectos incurridos de carácter no trascendente del acto impugnado.

En cuanto a la posibilidad de que la potestad de enmienda o subsanación de los actos administrativos que padecen de vicios no trascendentes pueda ser ejercida por los jueces con motivo de la tramitación de un proceso contencioso administrativo, Meier[62] y Beladiez[63] la rechazan por distintos argumentos. En nuestra opinión, aunque el artículo 14.1 de la Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General parece referirse únicamente a la Administración emisora del acto, consideramos que nada obsta para que en virtud de los mismos objetivos que inspiran el citado precepto (preservar la eficacia de las actuaciones de la administración pública aquejadas por vicios leves) los jueces puedan disponer la enmienda de los vicios no trascendentes que no afecten el contenido del acto administrativo cuestionado.

Respecto del momento a partir del cual la subsanación del defecto en la formación de un acto administrativo produce la convalidación del acto, consideramos que debe retrotraerse al momento en que se dictó el acto viciado, por lo que puede sostenerse que por regla general tiene efectos ex tunc. El acto de enmienda no es un nuevo acto que sustituya al anterior, porque solo realiza una función correctora del defecto conservando el acto administrativo que lo padecía, por tanto el acto subsanador se integra, forma parte del acto corregido. Dice Beladiez refiriéndose a la subsanación de los actos administrativos considerados "anulables" en el derecho administrativo español que una vez realizada la subsanación del acto no se puede distinguir entre el acto viciado y el subsanado porque corregido el defecto se trata de un solo acto, el subsanado, plenamente ajustado a derecho.

En el ordenamiento administrativo peruano el carácter retroactivo de la subsanación o convalidación de los actos administrativos en virtud de lo establecido por el artículo 14° de la Ley se fundamenta en la segunda parte del artículo 17.2 conforme al cual los actos que se dicten "en enmienda" tienen eficacia anticipada a su emisión.

Los supuestos de conservación previstos por el artículo 14.2 de la Ley tienen como común denominador referirse a vicios de los actos administrativos considerados no trascendentes.

Los numerales 14.2.1 y 14.2.2 se refieren a defectos en la motivación de los actos administrativos y no a su falta total, porque la omisión de uno de los requisitos de validez de los actos determina la nulidad de pleno derecho sancionada por el artículo 10.2 de la Ley.

[62] Opus cit., pg. 95.Para este autor perdida la posibilidad de que la Administración subsane su acto sólo cabe que el juez declare la nulidad.

[63] Opus cit. Pg. 233, pié de página N° 56.

El numeral 14.2.3 referido a los actos emitidos con "infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento" pone en evidencia que no todos los defectos de forma o de procedimiento gravitan de la misma manera respecto los actos que se afectan, porque como señala el ilustre profesor González Pérez[64] "..algunos son de tal naturaleza que deben producir la nulidad de la resolución, otras veces, aunque el acto, sea defectuoso, no produce invalidez, siendo necesario examinar en cada caso las consecuencias que puede producir la omisión de algún trámite en el expediente administrativo a la parte interesada y , sobre todo, lo que hubiere podido variar el acto administrativo origen del recurso en caso de observar el trámite omitido, pues un elemental principio de economía procesal tendente a evitar una duplicidad innecesaria de otro recurso cuyo resultado, después de anular ciertas diligencias para tramitar nuevamente el expediente, con la subsanación de algún defecto cometido, sería idéntico al resultado".

En opinión de los profesores Santamaría Pastor y Parejo Alfonso[65] las formalidades en el Derecho Administrativo no constituyen un valor en sí mismas porque la sanción de invalidez "sólo se justifica por los males que pueda remediar y las injusticias que pueda evitar, es decir, la nulidad no está, en absoluto, referida a ritos", porque "....el vicio de forma carece en si mismo de virtud invalidante: su naturaleza es estrictamente instrumental y sólo adquiere relieve cuando realmente incide en la decisión de fondo...".

Conforme al numeral citado para que el acto emitido con vicio de forma de carácter no esencial pueda ser objeto de conservación se requiere que concurran algunas de las circunstancias siguientes: (i) que la realización correcta de la formalidad no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o (ii) que el incumplimiento no generase afectación al debido procedimiento del interesado.

El numeral 14.2.4 se refiere a aquellos casos en que no obstante producirse un vicio, que entendemos también de forma, durante el procedimiento de generación del acto administrativo, "se concluya indubitablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido...", en tales casos la Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General quiere evitar que como consecuencia de un mero vicio formal que no afecta la legalidad de la decisión de fondo se vuelva a tramitar un nuevo procedimiento que termine con una decisión idéntica en el fondo, porque implicaría la duplicación de la actividad administrativa atentando innecesariamente contra la economía procesal.

El artículo 14.3 establece que la subsanación de los vicios leves del acto administrativo no salva la responsabilidad administrativa de la autoridad que emitió el acto defectuoso, salvo que la enmienda se haya producido de oficio sin mediar pedido de parte y antes de que sean ejecutados. Se trata de un precepto que sin lugar a dudas tiene por finalidad desalentar que las autoridades y funcionarios públicos actúen con negligencia emitiendo actos administrativos no conformes con el ordenamiento jurídico.

El artículo 16° de la Ley vincula la eficacia de los actos administrativos a la respectiva notificación formal de los mismos. A ese respecto es importante tener presente que a tenor del numeral 1) del artículo 133° de la Ley cuando se debe computar algún tipo de plazo este se debe contar a partir a partir del día siguiente en que se practique la notificación o la publicación del respectivo

[64] Jesús González Pérez. "Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo". Editorial Civitas. Madrid. 1991. Pg. 436 y siguientes.

[65] Juan Alfonso Santamaría Pastor y Luciano Parejo Alfonso. "Derecho Administrativo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo". Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1992. Páginas 357 y 359.

acto, salvo que este señale una fecha posterior. No obstante el numeral 2) del artículo 16° de la Ley establece que en los casos en que mediante acto administrativo se otorgue beneficios al administrado surte efectos desde la fecha misma de su emisión, salvo disposición en contrario del mismo. Asimismo, el artículo 17° permite otorgarle por excepción eficacia anticipada a los actos administrativos que fueran más favorables a los administrados pero siempre que cumplan determinados requisitos.

En lo que respecta al régimen de las notificaciones la Ley ha cuidado de establecer las reglas básicas de forma, contenido y plazos para el cumplimiento de dichas actuaciones, mediante el cual se informa o se pone en conocimiento de una varias personas una decisión administrativa y se deja constancia de la fecha en que el interesado adquiere conocimiento del asunto[66].

Por tal razón el artículo 20° de la Ley establece una prelación de las modalidades de notificación, en la que la regla general la constituye la notificación personal al administrado en su domicilio, de modo que solo cuando dicha forma de notificación no sea posible por ignorarse el domicilio del administrado, o porque la ley así lo exija, procederá la notificación mediante publicación. A la Administración se le prohíbe expresamente suplir alguna modalidad de notificación por otra en los casos no previstos por la ley, aunque si practicarlas de forma complementaria. Asimismo se permite la notificación mediante telegrama, correo certificado, fax y correo electrónico personal pero únicamente en los casos que lo haya solicitado expresamente el administrado y se pueda comprobar fehacientemente su recepción y la identidad de quien lo recibe.

3. Ejecución.

En lo que respecta a la ejecución de los actos administrativos el Capítulo IX que la desarrolla en la Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General esta presidido por el denominado principio de autotutela ejecutiva administrativa, en virtud del cual se le confiere a la Administración Pública, obligada a defender los intereses generales de la sociedad y que esta al servicio de los ciudadanos, potestad para hacer cumplir ella misma sus decisiones mediante la ejecución forzosa de sus actos administrativos dispensándola por regla general de la necesidad de recurrir al auxilio judicial, salvo en los casos en que la Ley o La Constitución exigieran la obligatoria intervención del Poder Judicial.

El artículo 194° de la Ley establece una relación de presupuestos indispensable para iniciar algún procedimiento de ejecución forzosa:

– Que se trate de ejecutar una obligación de dar, hacer o no hacer a favor de la entidad;

– Que la prestación sea determinada de manera clara.

– Que la obligación se derive del ejercicio por parte de la entidad de atribuciones de derecho público o provenga de una relación sujeta a ese régimen.

– Que se haya cursado requerimiento previo de cumplimiento al administrado bajo apercibimiento, de forma tal que se trate de un acto resistido.

– Que no se trate de un acto administrativo que la Constitución o la ley exijan la intervención del Poder Judicial para su ejecución.

[66] Respecto de las notificaciones se puede consultar la obra de David Andrés Halperin y Beltrán Gambier. La notificación en el procedimiento administrativo". Edit. Depalma. Buenos Aires. 1989.

Los medios de ejecución forzosa contemplados por la Ley en su artículo 196 son los siguientes:

1. La ejecución coactiva. Es el procedimiento administrativo que utilizan las entidades públicas frente a los administrados para hacer efectivas las consecuencias jurídicas del acto administrativo que ésta emita. Es semejante al procedimiento de ejecución que en España es conocido como procedimiento administrativo de apremio. En el Perú se lleva a cabo a través de determinados funcionarios (ejecutor y auxiliar coactivo) en los que se singulariza el ejercicio de las facultades de coacción directa de la Administración. Sólo el Ejecutor, y no cualquier otro funcionario o autoridad administrativa, es el llamado legalmente a establecer las intensas atribuciones que le confiere la ley para forzar a los particulares al cumplimiento de las obligaciones de carácter público. El trámite del procedimiento de ejecución, en especial para el cobro de acreencias pecuniarias a favor de la Administración Pública, esta regulado por dos leyes especiales: el Código Tributario que regula exclusivamente la ejecución de acreencias tributarias a favor de administración tributaria del Gobierno Nacional y la Ley N° 26979 que regula principalmente el procedimiento de ejecución coactiva para el cobro de otras deudas pecuniarias de carácter público (multas) y las acreencias tributarias a favor de las municipalidades[67].

2. La ejecución subsidiara. Para exigir el cumplimiento de prestaciones materiales cuya satisfacción no es estrictamente personal, la ley faculta que la Administración pueda buscar su cumplimiento a través de un sujeto distinto al obligado original. (art. 198°)

3. La Multa coercitiva. Constituye un medio de ejecución indirecta y no la aplicación de una sanción administrativa. Para poder ser utilizadas la entidad debe estar expresamente autorizada por una ley especial, porque la Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General no faculta su utilización sino tan sólo regula su régimen. Procede en aquellos casos en que no es posible la ejecución subsidiaria o la compulsión sobre la persona del obligado.

4. La compulsión sobre las personas. Se trata de la fuerza física legítima aplicada sobre el obligado. Se requiere que este tipo de medio de ejecución este autorizado por una ley.

El artículo 193° de la Ley establece los supuestos en que el acto administrativo pierde efectividad y ejecutoriedad, en cuya virtud se suspende o incluso se pierde en definitiva la capacidad para ser ejecutado un acto administrativo en los casos taxativamente previstos por el citado dispositivo. Así sucede en los supuestos en que se haya ordenado la suspensión de la ejecución, ya sea porque lo ordena una resolución administrativa o en caso de haberlo dispuesto una orden judicial. La pérdida de la ejecutoriedad tiene en cambio carácter definitivo en los casos que luego de cinco años de haber adquirido firmeza la Administración no haya ejecutado el respectivo acto administrativo o se cumpla una posible condición resolutiva a que haya podido estar sujeto.

4. Revisión de los actos en vía administrativa.La Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General sistematiza en dos Capítulos los mecanismos de revisión de los actos administrativos de oficio por la propia Administración y los medios de impugnación a instancia de los interesados.

La posibilidad de que la Administración pueda declarar la nulidad de oficio de sus propios actos administrativos cuando padezcan de vicios de nulidad y agraven el interés público consti-

[67] Sobre el tema: Jorge Danós Ordóñez y Diego Zegarra Valdivia. El Procedimiento de Ejecución Coactiva. Gaceta Jurídica editores. Lima 1999.

tuye una de las atribuciones más importantes conferidas a la Administración en nuestro ordenamiento jurídico y es objeto de frecuentes controversias en su aplicación[68].

La citada potestad es consagrada por el artículo 202°[69] de la Ley ubicado en el Título dedicado a regular la revisión de los actos en sede administrativa que se puede promover ya sea de oficio por decisión de la propia Administración o mediante recursos administrativos interpuestos por los que se consideran perjudicados para impugnar una decisión administrativa. La nulidad de oficio como su nombre lo indica constituye uno de los tres mecanismos de revisión de oficio previstos por la Ley, los otros dos lo constituyen la rectificación de errores materiales establecida por el artículo 201° que permite corregir los errores de redacción o de cálculo incurridos en la emisión de los actos administrativos y la revocación prevista por el artículo 203°[70] como una potestad que genera la extinción de actos administrativos con fundamento en razones de oportunidad, mérito o conveniencia por causa de interés público.

La revocación de los actos administrativos se diferencia de la nulidad de oficio en los siguientes aspectos:

(i) La nulidad de oficio solo procede fundada en estrictas razones jurídicas de legalidad respecto de actos administrativos que padecen los vicios contemplados en el artículo 10° de la Ley (vicios de legalidad), en cambio la revocación tiene lugar por razones de mera oportunidad o conveniencia con el interés público (vicios de mérito);

(ii) La nulidad de oficio sólo puede ser declarada en sede administrativa por el funcionario que ocupa un escalón jerárquicamente superior al que expidió el acto que se invalida y sólo en el caso de que el acto administrativo haya sido emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad deberá ser declarada por el mismo autor (artículo 202.2), mientras que la revocación solo puede ser declarada por la autoridad de mayor jerarquía de la entidad competente (artículo 203.3);

(iii) La nulidad de oficio es una potestad otorgada a la Administración por el artículo 202° de la Ley que constituye un deber para la misma porque esta obligada a ejercerla siempre que se encuentre ante un acto de su autoría que padezca de vicios que determinen su nulidad de pleno derecho y perjudiquen el interés público, en cambio la revocación constituye una facultad discrecional que la Administración puede actuar a su libre arbitrio, invocando razones de oportuni-

[68] Sobre el tema el ilustre profesor Jesús González Pérez ha estudiado el régimen peruano en: "La revisión de los actos en vía administrativa en la ley del procedimiento administrativo general". En: Revista Peruano de Derecho Público. N° 2. Lima 2001. Pg. 35 y ss.

[69] LPAG. *Artículo 202°.- Nulidad de oficio*

202.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10°, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agravien el interés público.

202.2 La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada también por resolución del mismo funcionario.

202.3 La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos.

202.4 En caso que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, sólo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que de la demanda se interponga dentro de los dos (2) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.

202.5 Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, no pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio. Sólo procede demandar su nulidad ante el Poder Judicial, vía el proceso contencioso - administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes a contar desde la fecha en que el acto quedó firme".

dad o conveniencia para el interés público, pero que el artículo 203° de la LPAG no la confiere a la Administración con carácter general sino en supuestos concretos muy restringidos para evitar que su aplicación respecto de actos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos de los particulares vulnere la seguridad jurídica;

(iv) La nulidad de oficio tiene efectos ex tunc que se retrotraen a la fecha de expedición del acto invalidado (artículo 12.1), mientras que la revocación es de índole constitutiva y sólo surte efectos a futuro o ex nunc (artículo 203.2[71]);

(v) La nulidad de oficio puede ser declarada en sede administrativa pero también promovida por la propia Administración autora del acto viciado contrario al interés público para que la revisión de la legalidad corra a cargo del Poder Judicial mediante el proceso contencioso administrativo en los casos que haya prescrito el plazo de dos años para declarar la nulidad en sede administrativa (artículo 202.4), o se trate de actos administrativos emitidos por tribunales administrativos (artículo 202.5) los que no pueden ser anulados en sede administrativa, en cambio la revocación sólo puede ser obra de una estimación o valoración realizado por la propia Administración porque sólo a ella corresponde evaluar la adecuación del acto en cuestión a las razones de oportunidad, mérito o conveniencia para el interés público;

(vi) Finalmente, por regla general, la potestad de declarar la nulidad de oficio de un acto administrativo esta sujeta a plazo, ya sea de un año a contar desde que el acto quedo consentido, de dos años para que la Administración al vencimiento del plazo anterior promueva la revisión por el Poder Judicial, o de tres años para instar la revisión judicial de las resoluciones de los tribunales administrativos; mientras que la revocación no esta condicionada a plazo para su ejercicio.

En cuanto al fundamento o la justificación de la potestad anulatoria que el ordenamiento administrativo confiere a la Administración Pública para revisar de oficio sus propios actos administrativos existen en la doctrina comparada dos posiciones al respecto: la adoptada por la casi totalidad de los autores españoles quienes atribuyen a la autotutela administrativa el fundamento de la potestad de la anulación de oficio, entendida como una prerrogativa otorgada a la Administración para la realización de los intereses públicos sin necesidad de acudir al Poder Judicial, y la posición de quienes como el profesor argentino Julio Rodolfo Comadira[72] encuentra en el "interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad", es decir en la salvaguarda del principio de legalidad, "el fundamento en virtud del cual debe reconocerse a la Administración, como poder inherente al ejercicio de la función administrativa, la posibilidad de anular oficiosamente sus actos ilegítimos", para restablecer inmediatamente la vigencia de la juridicidad vulnerada con la presencia de un acto administrativo ilegítimo.

Para el profesor Comadira no cabe sostener que la potestad conferida a la Administración para la anulación de oficio de sus actos administrativos encuentre su fundamento en la

[70] *LPAG. Artículo 203°.- Revocación*

203.1 Los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia...".

[71] *Artículo 203.2.- "Excepcionalmente, cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:...".*

[72] COMADIRA, Julio Rodolfo. La anulación de oficio del acto administrativo. Editorial Ciencias de la Administración. Buenos Aires. 1998. p. 55 a 58.

prerrogativa de autotutela decisoria porque implicaría confundir la descripción de la forma normal y habitual de actuar por parte de la Administración con la explicación o justificación de la anulación de oficio de sus actos por la Administración, que en su opinión solo se encuentra en la necesidad de salvaguardar el principio de juridicidad en toda actuación administrativa.

La nulidad de oficio es una vía para la restitución de la legalidad afectada por un acto administrativo viciado que constituye un auténtico poder –deber otorgado a la Administración que esta obligada a adecuar sus actos al ordenamiento jurídico–. El pedido o solicitud formulada por un particular para que la Administración ejercite la potestad de declarar la nulidad de oficio de sus actos no tiene el carácter ni puede tramitarse como un recurso porque conforme al artículo 11.1 de la Ley los administrados sólo pueden plantear la nulidad de los actos administrativos que les afecten mediante los recursos administrativos previstos en la ley y dentro de los plazos establecidos legalmente para interponerlos. Por dicha razón la solicitud presentada luego de vencido el plazo para recurrir el acto administrativo en cuestión sólo puede merecer el trato de una comunicación o denuncia formulada a título de colaboración con la entidad para que tome conocimiento del posible vicio que aqueja a uno de sus actos. En mi opinión no cabe duda que la potestad contemplada por el artículo 202° de la Ley es siempre una actuación de oficio, en el sentido de que se inicia siempre a iniciativa de la propia Administración, que no reconoce al denunciante la calidad de interesado. La entidad administrativa autora del acto puede descubrir por si misma en alguno de sus actos de la existencia de alguna de las causales de invalidez o ser puesta en conocimiento o enterada del vicio en virtud de comunicación o denuncia de los interesados, que en este caso no puede tener mas relevancia que la de excitar el celo de la Administración.

Conforme al artículo 202° de la Ley la potestad de la Administración Pública de declarar la nulidad de oficio de sus propios actos no solo esta sujeta al estricto cumplimiento de los requisitos establecidos por dicho precepto, sino que en determinados supuestos se transforma en la potestad de promover ante el Poder Judicial la revisión de sus propios actos mediante el proceso contencioso administrativo.

El primer requisito que debe cumplirse es que la nulidad de oficio sólo procede respecto de actos que padecen de vicios de nulidad de pleno derecho por las causales contempladas en el artículo 10° de la Ley. No cabe declarar la nulidad de oficio de los actos que padecen de vicios no trascendentes o leves porque en tales casos la Administración debe proceder de oficio a su subsanación en aplicación de las reglas de conservación establecidas por el artículo 14° de la Ley. La potestad de la Administración de invalidar de oficio sus actos sólo puede actuarse cuando medien razones de estricta legalidad que la obliguen al control de sus propias actuaciones para depurar o invalidar aquellas que resulten aquejadas de graves vicios de invalidez absoluta y radical contrarios al ordenamiento jurídico.

En segundo lugar conforme al artículo 202.1 no basta que los actos administrativos objeto de la potestad de nulidad de oficio estén afectados por vicios graves que determinen su invalidez absoluta, sino que además deben agraviar el interés público, lo que trasciende el estricto ámbito de los intereses de los particulares destinatarios del acto viciado porque se exige que para ejercer la potestad de nulificar de oficio sus propios actos la Administración determine, previa evaluación, el perjuicio para los intereses públicos que le compete tutelar o realizar.

El tercer requisito de tipo competencial consiste en que la nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario que ocupa una posición jerárquicamente superior de aquél que

expidió el acto que se invalida[73], salvo que el autor haya sido una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, caso en el cual la nulidad será declarada por el mismo funcionario que lo expidió (artículo 202.3), regla concordante con la prevista en el artículo 11.2 de la Ley.

El cuarto requisito es de carácter temporal, la nulidad de oficio puede ser declarada por la Administración aunque el acto administrativo en cuestión haya quedado firme, lo que de conformidad al artículo 212°[74] de la Ley se produce una vez vencidos los plazos legales para que los interesados puedan interponer recursos administrativos, pero siempre dentro del plazo de un año a contar desde la fecha en que el acto haya quedado consentido (artículo 202.3). Por tanto, a diferencia de otros países que en sus ordenamientos administrativos han establecido que la potestad de la Administración para invalidar sus propios actos administrativos puede ejercerse en cualquier momento, sin plazos límites, fundado en que sólo procede respecto de actos administrativos viciados de nulidad absoluta, es decir definitivamente contrarios al ordenamiento legal y que por ende no pueden convalidarse por el simple transcurso del tiempo o la falta de impugnación oportuna por los interesados, en la Ley si se han establecido plazos para que la Administración Pública pueda ejercer de oficio dicha potestad, ya sea para invalidar sus actos en sede administrativa o para promover su revisión a cargo del Poder Judicial.

En nuestro ordenamiento administrativo el legislador ha procurado armonizar la obligación de la Administración de cautelar de oficio la legalidad de sus propios actos con las exigencias que la protección de la seguridad jurídica impone al actuar de la Administración en un Estado de Derecho y como resultado de la armonización de dichos intereses contrapuestos (legalidad versus seguridad) ha establecido límites temporales precisos en el plazo para ejercer la potestad de invalidar de oficio sus propios actos en sede administrativa o mediante el recurso a la vía judicial, a cuyo vencimiento el acto en cuestión adquiere firmeza.

Conviene recordar a manera de reseña histórica sobre la evolución de los plazos establecidos en nuestro régimen administrativo para que la Administración Pública pueda revisar de oficio la legalidad de sus actos que en el Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-SC de 21 de noviembre de 1967, que constituye la primera norma que estableció el régimen de un procedimiento administrativo general en el Perú, los preceptos que regulaban la denominada "nulidad de resoluciones" (artículos 112° al 115°) no establecieron límite temporal alguno para que la Administración pudiera ejercer la potestad de declarar la nulidad de oficio en sede administrativa de sus propios actos, de lo que se concluye que la Administración podía invalidar de oficio sus actos en cualquier momento[75]. Fue recién con motivo de las modificaciones dispuestas por el Decreto Ley N° 26111 de diciembre de 1992, que elevó a rango de ley el citado reglamento, que se estableció en el segundo párrafo del artículo 110° un plazo de seis (6) meses para que la Administración pueda declarar la

[73] Lo que encuentra fundamento en el poder jurídico de control que en la organización administrativa ejercen los superiores jerárquicos respecto de los subordinados.

[74] *Artículo 212°.- Acto firme.- "Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto".*

[75] Así opinaba el Dr. Antonio Valdez Calle que integró la Comisión que elaboró el proyecto que sirvió de base para la aprobación del citado reglamento en sus "Comentarios a las Normas Generales de Procedimientos Administrativos", Lima 1969, quien en la pg. 108 comenta que "...no hay inconveniente para aceptar el ejercicio de la revisión de oficio en cualquier momento".

nulidad de oficio de sus actos en sede administrativa[76], precepto que fuera recogido en la compilación aprobada mediante Decreto Supremo N° 02-94-JUS de enero de 1994 con el título de Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos[77]. Posteriormente mediante la primera disposición final y complementaria de la Ley N° 26960 de mayo de 1998 se modificaron los artículos 109° y 110°[78] del citado Texto Único Ordenado para ampliar de seis (6) meses a tres (3) años el plazo que se le otorgaba a la Administración para invalidar de oficio sus actos ilegítimos en sede administrativa y por primera vez se estableció de manera expresa que al vencimiento de dicho plazo la Administración podía demandar la nulidad de sus propios actos ante el Poder Judicial aunque se le otorgó carácter imprescriptible a esta última potestad. Casi tres años después el Tribunal Constitucional mediante Sentencia recaída en un proceso de inconstitucionalidad dejó sin efecto la primera disposición final y complementaria de la citada ley N° 26960 y por ende virtualmente suprimió la potestad de la Administración de declarar la nulidad de oficio prevista en la ley de normas generales de procedimientos administrativos[79] hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 27444 el 11 de octubre del 2001 que restableció la potestad de la Administración de revisar de oficio la legalidad de sus propios actos.

Como se ha señalado anteriormente el artículo 202° de la Ley establece que la nulidad de oficio puede ejercerse tanto respecto de aquellos actos que han sido materia de impugnación por los interesados en la vía administrativa mediante los recursos administrativos previstos legalmente, como respecto de aquellos actos que no han sido impugnados dentro de los plazos establecidos legalmente y que por tanto se consideran firmes, y de aquellos actos que habiendo sido impugnados y resuelto desfavorablemente por el Administración el respectivo recurso formulado por los interesados no son oportunamente impugnados en sede administrativa o judicial y por tanto se consideran consentidos por los obligados.

Es importante resaltar que en todos los casos descritos en el párrafo anterior el plazo de un año otorgado a la Administración para declarar de oficio la invalidez en sede administrativa de sus propios actos no se empieza a computar a partir de que dichos actos hayan sido emitidos o notificados, sino más bien a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos o adquirido firmeza.

Conforme al inciso d) del artículo 218.2[80] de la Ley las resoluciones de la Administración Pública que declaren de oficio la nulidad de sus propios actos agotan la vía administrativa y por

[76] Plazo criticado por el doctor Valentín Paniagua Corazao En: ¿ Ley de Normas Generales de Procedimiento Administrativo o Ley General de Procedimiento(s) Administrativo(s)?, Revista Ius Et Veritas N° 6, 1993, p. 17, para quien el establecimiento de un plazo de seis meses para que la Administración pudiera declarar la nulidad de oficio sus actos le parecía injustificadamente reducido.

[77] TUO de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos. Artículo 110.- *".....La facultad de la Administración Pública para declarar la nulidad de las resoluciones administrativas prescribe a los seis (6) meses, contados a partir de la fecha en que han quedado consentidas".*

[78] Artículo 110°.- *".....La facultad de la Administración Pública para declarar la nulidad de las resoluciones administrativas prescribe a los tres (3) años, contados a partir de la fecha en que hayan quedado consentidas".* Artículo 109°.- *".....En caso haya caducado el plazo correspondiente, el Estado deberá interponer la acción de nulidad ante el Poder Judicial. Dicha acción es imprescriptible, salvo ley expresa en contrario".*

[79] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el proceso de inconstitucionalidad promovido por la Defensoría del Pueblo contra la Ley N° 26960, publicado en el Diario Oficial El Peruano del 27-6-2001, p. 205197. El Tribunal consideró que se violaba el principio de igualdad al otorgar facultad al Estado para promover la revisión de sus propios actos ante el Poder Judicial en cualquier momento con carácter imprescriptible, mientras que a los particulares se le establecía un plazo notablemente más breve para acceder a la tutela judicial mediante el proceso contencioso administrativo.

[80] *Artículo 218°.- Agotamiento de la vía administrativa.-*

.....

ende no pueden ser objeto de impugnación por los interesados en sede administrativa, los que sólo podrán cuestionarlos ante el Poder Judicial a través del proceso contencioso administrativo o de los procesos constitucionales correspondientes si se considera afectado en algún derecho constitucional.

Al vencimiento del citado plazo de un año la Administración pierde la potestad de declarar la nulidad de oficio de sus propios actos en sede administrativa pero de conformidad con el artículo 202.4 de la Ley no pierde la potestad de promover ante el Poder Judicial la revisión de sus actos mediante el proceso contencioso administrativo, porque se establece de manera expresa que puede demandar la nulidad de sus propios actos vía el proceso contencioso administrativo dentro del plazo de dos años que comienzan a computarse a partir de la fecha en que prescribe la potestad para declarar la nulidad de oficio en sede administrativa (un año desde que el acto quedo consentido).

En otras palabras, el ordenamiento administrativo peruano establece el plazo de un año para que la Administración pueda ejercer la potestad de declarar unilateralmente la nulidad de oficio de sus propios actos, pero el vencimiento de dicho plazo sin que la potestad haya sido ejercida solo menoscaba la posibilidad de que la invalidez de oficio pueda ser producida en sede administrativa, porque la Administración conserva la potestad de promover la revisión de la legalidad de sus actos administrativos a través del proceso contencioso administrativo que se interponga ante el Poder Judicial dentro de los dos años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió el plazo de un año para que la nulidad sea declarada en sede administrativa[81].

Como se puede apreciar el legislador peruano ha querido armonizar la tensión entre los principios de legalidad y seguridad jurídica, estableciendo el plazo de un año para que la Administración pueda unilateralmente declarar en sede administrativa la nulidad de sus propios actos, pero a cuyo vencimiento en garantía de la imparcialidad y objetividad solo se le permite dentro del plazo de dos años adicionales acudir ante el Poder Judicial para que sea otro poder del Estado, es decir un tercero imparcial, el que verifique la legalidad de los actos emitidos por la Administración promotora del proceso contencioso administrativo[82].

El plazo de dos años que se le reconoce a la Administración Pública para demandar ante el Poder Judicial la revisión de la legalidad de sus propios actos administrativos (a contar desde el vencimiento del plazo de un año para declarar la nulidad en sede administrativa) no puede ser comparado con el plazo de tres meses que la Ley N° 27584 reguladora del proceso contencioso administrativo otorga a los particulares para interponer la correspondiente demanda a fin de cuestionar los actos administrativos contrarios al ordenamiento jurídico que lesionan sus dere-

218.2 Son actos que agotan la vía administrativa:.....d) El acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros actos administrativos en los casos a que se refieren los artículos 202° y 203° de esta ley...."

[81] La versión original del Anteproyecto elaborado por la Comisión constituida por el Ministerio de Justicia mediante Resolución Ministerial N° 198-97 JUS de 22 de setiembre de 1997 que sirvió base para la aprobación de la Ley N° 27444 propuso establecer plazos más amplios que los finalmente aprobados en la citada ley: dos (2) años para declarar la nulidad en sede administrativa y tres (3) años, a contar desde el vencimiento del plazo anterior, para promover la revisión a cargo del Poder Judicial mediante el proceso contencioso administrativo.

[82] Dice el profesor Juan Carlos Morón "El proceso de lesividad: El contencioso promovido por la Administración", Proceso y Justicia Revista de Derecho Procesal Civil N° 3, Lima 2002, pg 33, que el mencionado tipo de proceso "...se fundamenta en la voluntad legislativa de evitar que la Administración se irrogue de modo ilimitado temporalmente la verificación unilateral de la legitimidad de un acto que ella misma ha dictado y cuyos efectos se han incorporado ya al patrimonio del administrado. Con su incorporación se pretende resguardar a los administrados de avasallamientos administrativos, premuniéndole un escenario en el cual le sea más factible ejercer su derecho de defensa".

chos o intereses, porque este último plazo mas breve se establece para quienes constituyen parte interesada en la actuación administrativa correspondiente a fin de que puedan demandar la tutela judicial respecto de actos que consideran perjudiciales y a quienes el ordenamiento jurídico normalmente les exige un mínimo de diligencia en la utilización de los mecanismos establecidos legalmente para la protección de sus derechos. En cambio el plazo de dos años conferido a la Administración Pública para demandar al Poder Judicial la revisión de la legalidad de sus actos se establece en tutela no de intereses propios de la Administración sino para restituir la legalidad afectada por actuaciones de las entidades administrativas y la protección de los intereses públicos que tiene legalmente encomendados. Resulta evidente que el legislador ha querido otorgar potestades a la Administración con el objeto de que realice el control de sus propios actos (autocontrol), para que el sometimiento de las entidades administrativas a la legalidad no este supeditado a los intereses de los particulares y que sea la propia Administración la que verifique en sede administrativa o inste al Poder judicial a revisar la adecuación al ordenamiento jurídico de sus actos administrativos, en tutela de los intereses públicos que esta llamada a defender.

Finalmente, en el artículo 202.5 de la Ley se establece un tratamiento especial para la revisión de oficio de los actos emitidos por tribunales administrativos creados para resolver controversias en última instancia administrativa, respecto de los cuales no cabe que ninguna autoridad administrativa extraña a los mismos, cualquiera fuera su jerarquía, pueda declarar la nulidad de sus actos en sede administrativa, porque sólo procede que la Administración demande su nulidad ante el Poder Judicial mediante un proceso contencioso administrativo para lo cual se le confiere un plazo de tres (3) años computados desde que el acto en cuestión quedó firme.

Como se puede apreciar el artículo 202.5 glosado veda toda posibilidad de que las resoluciones de los tribunales administrativos puedan ser declaradas nulas de oficio en sede administrativa por una autoridad ajena a los citados órganos, aunque se trate del Ministro titular del sector del cual formen parte; la única posibilidad que establece la ley para su revisión de oficio es que la instancia competente de la Administración Pública interponga la correspondiente demanda para que sea otro poder el Estado, es decir el Poder Judicial, quien en vía contenciosa administrativa revise la legalidad de la resolución en cuestión.

Consideramos que el objetivo de la ley al no permitir que se declare la nulidad de oficio en sede administrativa de los actos de los tribunales administrativos por una instancia ajena a los mismos, es preservar el estatus de dichos órganos creados con el propósito de resolver en última instancia administrativa las controversias que el legislador estima conveniente sean atendidas por órganos colegiados especializados en las materias generalmente de índole sumamente técnico que son sometidas a su conocimiento.

En cuanto a la autoridad facultada para demandar la nulidad de las resoluciones de los tribunales administrativos ante el Poder Judicial, en nuestra opinión la interpretación sistemática del mismo artículo 202° en concordancia con el artículo 11.2 de la Ley determina que la competencia corresponda a la autoridad de mayor jerarquía del sector o entidad administrativa de la que forma parte el respectivo tribunal administrativo.

No podemos terminar esta parte del trabajo sin antes hacer una muy somera reseña al cauce procesal contenido en la Ley N° 27584 reguladora del proceso contencioso administrativo para el trámite de aquellos supuestos en que la ley faculta a la Administración Pública para solicitar al Poder Judicial la declaración de nulidad de sus propios actos administrativos, ya sea cuando ha vencido el plazo de un año para declarar su nulidad de oficio en sede administrativa (artículo

202.4), o cuando se trata de resoluciones emitidas por tribunales administrativos creados para resolver controversias en última instancia vía administrativa (artículo 202.5).

En ambos casos, el segundo párrafo del artículo 11°[83] de la citada Ley N° 27584 establece como requisito para que la Administración Pública pueda interponer una demanda contenciosa administrativa para que se declare la nulidad de sus propios actos, que previamente emita una resolución motivada en la que se identifique el vicio de legalidad en que incurre el acto administrativo en cuestión y el agravio que produce al interés público.

En los casos descritos el artículo 13° de la Ley N° 27584 dispone que tendrá la calidad de demandado el particular que tiene interés en la preservación del acto administrativo cuya nulidad se demanda y que por ende podría resultar perjudicado en sus derechos en caso el Poder Judicial estime la demanda formulada por la propia Administración, porque como señala al respecto la exposición de motivos del proyecto que dio origen a la citada ley del proceso contencioso administrativo de lo contrario "...es obvio que la administración pública no puede demandarse a sí misma porque no se respetaría el principio de bilateralidad del proceso"[84].

En el derecho administrativo comparado los procesos contencioso administrativos promovidos por la Administración en calidad de demandante para que se declare la nulidad de sus propios actos administrativos reciben el nombre de "procesos de lesividad" porque generalmente se exige que antes de acudir ante el Poder Judicial la propia Administración u órganos consultivos como el Consejo de Estado, en los países en que existe, previamente declaren formalmente las razones que determinan que el acto cuestionado se considere lesivo o contrario al interés público.

Conforme ha sido glosado el precepto pertinente de la ley reguladora del proceso contencioso administrativo en nuestro ordenamiento jurídico se exige mas bien que la Administración determine expresa y motivadamente no la "lesividad", sino el "agravio" al interés público para entenderse legitimada a instar la acción de la justicia para declarar la nulidad de los actos administrativos cuestionados.

Un supuesto exceptuado del ámbito de la potestad otorgada a las entidades públicas para revisar la legalidad de sus propios actos en sede administrativa es el de los actos administrativos registrales que conforme al artículo 2013° del Código Civil sólo pueden ser declarada su invalidez en sede judicial. En virtud de dicho mandato legal ni los particulares afectados por una inscripción registral pueden cuestionarla mediante la interposición de recursos en vía administrativa ni tampoco la entidad registradora que ha emitido el acto administrativo de registro puede declarar la nulidad de dicho acto. En el ordenamiento registral vigente sólo se permite que los interesados impugnen en sede administrativa las decisiones que rechazan las solicitudes de registro (cuando se observan los títulos presentados) lo que puede ser conocido en última instancia administrativa por el tribunal administrativo registral, pero los actos administrativos de registro son inimpugnables e irrevisables de oficio en sede administrativa. Dicha exclusión se fundamen-

[83] *Ley N° 27584. Artículo 11°.- Legitimidad para obrar activa.- ".....También tiene legitimidad para obrar activa la entidad pública facultada por ley para impugnar cualquier actuación administrativa que declare derechos subjetivos; previa expedición de resolución motivada en la que se identifique el agravio que aquella produce a la legalidad administrativa y al interés público, y siempre que se haya vencido el plazo para que la entidad que expidió el acto declare su nulidad de oficio en sede administrativa".*

[84] "Proyecto de ley que regula el proceso contencioso administrativo" elaborado por la comisión designada por el Ministerio de Justicia mediante Resolución Ministerial N° 174-2000-JUS y publicado en separata especial del Diario Oficial El Peruano de 5 de julio de 2001.

ta en que los actos administrativos de registro previstos concretamente por el Código Civil versan sobre relaciones jurídica-privadas (acto jurídico objeto de inscripción) cuyas controversias el legislador establece que debido a su carácter estrictamente privado deben ser ventiladas exclusivamente ante el Poder Judicial.

En lo que respecta a la facultad de contradicción el numeral 2) del artículo 206° de la Ley precisa que son impugnables no sólo los actos definitivos que ponen fin a la respectiva instancia administrativa sino eventualmente también los actos de trámite que impidan continuar el procedimiento o los que produzcan indefensión, como sucede en otros ordenamientos administrativos del derecho comparado. La regla general continúa siendo sin embargo que, a diferencia del proceso civil, los actos de trámite no pueden impugnarse independientemente porque en todo caso los posibles vicios que puedan haberse cometido se impugnarán mediante el recurso que se presente contra la resolución final.

El artículo 207° establece un listado cerrado de recursos administrativos, sin perjuicio obviamente de lo que puedan regularse en leyes especiales. En el artículo 208° ya no se condiciona que la prueba nueva que debe acmpañar al recurso de reconsideración sea solo de carácer instrumetnal.

El numeral 1) del artículo 216° recoge el principio de ejecutividad de los actos administrativos conforme al cual por regla general la Administración esta facultada para hacer cumplir sus mandatos aunque sean impugnados por los administrados, salvo disposición legal expresa en contrario como sucede en varios supuestos previstos por la nueva ley N° 26979 de cobranza coactiva y en el Código Tributario, entre otros ejemplos, o salvo mandato judicial o que los referidos actos estén sujetos a condición o plazo conforme a ley, o que la propia Administración dicte medida cautelar de suspensión en los casos previstos por los numerales 2) y siguientes del citado dispositivo.

Finalmente, en lo que respecta al agotamiento de la vía administrativa el artículo 218° de la ley establece las reglas para precisar en que situaciones se puede considerar cumplido dicho requisito de modo que quede expedito el camino para que los particulares puedan impugnar judicialmente las resoluciones administrativas que consideran violan sus derechos o atentan contra sus intereses legítimos[85].

V. LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN.

En el Perú la actividad contractual de la Administración Pública ha sido tradicionalmente amplia, diversa y compleja, no obstante lo cual durante mucho tiempo careció de una regulación legislativa sistemática, lo que sumado a la ausencia de jurisprudencia relevante sobre la materia, constituyen factores que no han abonado a una correcta comprensión de la naturaleza de las instituciones en juego y de la propia legislación de la materia.

A diferencia de otros países en que se regula un régimen especial de los aspectos sustantivos de los contratos administrativos, en el Perú el énfasis de la legislación ha estado centrado en los

[85] Sobre el tema: Jorge Danós Ordóñez. "Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo. Las llamadas resoluciones <<que causan estado<< ". En: Revista de la Academia de la Magistratura N° 1, Lima 1998. Pg. 207 y ss.

procedimientos administrativos a los que la Administración debe sujetarse para poder formar su voluntad de adjudicar un contrato, me refiero principalmente a los procedimientos de licitación, concursos o de adjudicación directa. Lo relativo al régimen sustantivo de los contratos que el Estado suscribe ha sido tradicionalmente escasamente desarrollado por la legislación la que muchas veces se ha limitado a establecer muy pocas reglas que deben consignarse en los contratos (caso de las garantías) y sobre todo la forma de resolver las controversias que se susciten durante la ejecución contractual, tema este último en que la tendencia de los últimos años es remitir la mayor parte de las controversias contractuales entre la Administración y sus contratistas a la vía arbitral, la que debido a la reserva que domina sus actuaciones y la manifiesta preponderancia de actores vinculados a las ramas del derecho privado ejerciendo el rol de árbitros determina que el tratamiento de las controversias contractuales en las que el Estado es parte sometidas a procesos arbitrales este principalmente sometido a la lógica privada.

Por las razones expuestas es que la mayor parte de la doctrina que ha trabajado el tema en nuestro medio[86] esta de acuerdo en que no puede hablarse en el Perú de un concepto sustantivo de contrato administrativo, porque se carece de legislación y de jurisprudencia que haya reconocido u otorgado en general caracteres exorbitantes a los contratos administrativos, no cuando menos en el mismo grado como son caracterizados en otros países en los que la legislación, doctrina y jurisprudencia han tenido un mayor protagonismo en el tema. En mi opinión el régimen jurídico de los contratos en los que participa el Estado dependerá de las reglas específicas del régimen que regule los procedimientos administrativos de selección y principalmente la modalidad contractual, así como los interés públicos en juego, y no una genérica calificación como contrato administrativo o privado.

El énfasis colocado en la regulación de los procedimientos administrativos de selección de contratistas se deriva de la propia norma Constitucional que establece lo siguiente:

"*Artículo 76°.- Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o enajenación de bienes.*

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuestos se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades".

Al respecto la Ley N° 26850, denominado Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado[87] proporciona una regulación unitaria de una parcela muy importante de la contratación administrativa que comprende la contratos de obra, suministro y de adquisición de bienes y servicios,

[86] Sobre el tema: Diego Zegarra Valdivia. El Contrato Ley. Gaceta Jurídica Editores. Lima 1997. pg. 62 y ss; Mario Linares. El Contrato Estatal. Teoría general del contrato estatal. Análisis del TUO. de la Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado y su Reglamento". Editorial Grijley Lima 2002. Pg. 1 y ss.. El profesor Iñigo Sanz Rubiales de la Facultad de Derecho de Valladolid analiza las singularidades anotadas de los contratos del Estado en el ordenamiento administrativo peruano en su ponencia presentada al Primer Congreso peruano de Derecho Administrativo celebrado los días 22, 23 y 24 de abril del 2004 titulada "Algunos problemas de la regulación de los contratos públicos en el Derecho Peruano", publicada en AAVV. "Derecho Administrativo". Edición de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo y Jurista Editores. Lima, 2004. Pg. 649 y ss.

[87] Las diversas modificatorias producidas a la Ley N° 26850 han sido integradas en lo que en el ordenamiento administrativo peruano se denomina "Texto Unico Ordenado - TUO" que compila el régimen vigente de una determinada norma legal. El TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones vigente ha sido aprobado recientemente mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM de 29 de noviembre del 2004..

aunque como se ha señalado el objeto principal de la citada ley es la regulación de los procedimientos administrativos (licitaciones, concursos, etc.), que conforme al glosado artículo 76° de la Constitución, la Administración esta obligada a llevar a cabo para formar su voluntad contractual en aras de la transparencia y mejor utilización de los recursos públicos.

La citada Ley de aplicación a todas las entidades de las Administración en los tres niveles de Gobierno consagra un elenco de principios esenciales que rigen los procedimientos de selección, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo y del derecho Común, entre los cuales cabe destacar (art. 3°):

(i) Principio de Transparencia, conforme al cual toda adquisición debe realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores, garantizándoles a estos durante todo el proceso de selección el acceso a la documentación de las adquisiciones y las contrataciones, debiendo ser públicos la convocatoria, el otorgamiento de la buena pro y los resultados.

(ii) Principio de Libre Competencia, que constituye uno de los principios nucleares del régimen económico consagrado por la Constitución y que genera la obligación para las entidades administrativas de considerar regulaciones o tratamientos que fomenten la mas amplia y objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores potenciales.

(iii) Principio de Imparcialidad, según el cual las decisiones de los funcionarios responsables de las adquisiciones y contrataciones de la Entidad, se adoptarán sujetándose a la legalidad, así como en atención a criterios técnicos que permitan garantizar la objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas;

(iv) Principio de Trato Justo e Igualitario, en virtud del cual todo postor debe tener participación y acceso para contratar con las entidades en condiciones semejantes de los demás, prohibiéndose la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.

Por expreso mandato legal los citados principios "*tienen como finalidad garantizar que las Entidades del Sector Público obtengan bienes, servicios y obras de calidad requerida, en forma oportuna y a precios o costos adecuados*", así también sirven de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación del respectivo régimen de contrataciones y adquisiciones, como parámetros para la actuación de los funcionarios, y finalmente para suplir los posibles vacíos de la misma normatividad.

Los procedimientos administrativos de selección regulados por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones son: Licitación Pública, Concurso Público, Adjudicación Directa y Adjudicación de Menor Cuantía.

La Licitación Pública se convoca para la contratación de obras y para la adquisición de bienes y suministros dentro de los márgenes que establece la Ley Anual de Presupuesto. La licitación para la ejecución de obras puede desdoblarse en: licitación pública nacional o licitación pública internacional, en este último caso cuando las características técnicas de las obras requieran de postores internacionales

El Concurso Público se convoca para la contratación de servicios de toda naturaleza incluyendo consultorías y arriendos. Los procedimientos de licitación y concurso público son los que poseen mayores formalidades en relación a los demás.

La Adjudicación Directa se utiliza para las adquisiciones y contrataciones de bienes, contratación de servicios y ejecución de obras que realice la entidad pero por montos inferiores a los que se exige para licitación o concurso público. Este procedimiento admite dos modalidades: i) Adjudicación Directa Pública, o ii) Adjudicación Directa Selectiva, según el importe de la adquisi-

ción lo que determina que requiera o no de publicación En el caso de la Adjudicación Directas Selectiva el proceso exige por regla general la convocatoria a por lo menos tres postores, asimismo aunque no se exija publicación las convocatorias deberán ser notificadas a la Comisión de Promoción de la Pequeña y Microempresa –PROMPYME, la que se encargará de difundirlas a través de su página web institucional entre las pequeñas y microempresas.

La Adjudicación de Menor Cuantía para la adquisición o contratación de bienes, servicios y obras cuyos montos sean inferiores a los requeridos para Adjudicación Directa o para aquellos casos en que los otros procedimientos de selección se han declarado desiertos.

Los procedimientos administrativos descritos constituyen mecanismos de formación o preparación de la voluntad de la Administración y del respectivo contrato (lo precontractual), que no se confunde con el contrato mismo. Estos contratos para la ejecución de obras o adquisiciones de bienes o servicios se perfeccionan de manera diferente al contrato civil, puesto que se entiende que existe contrato civil cuando la aceptación llega a ser conocida por el oferente, mientras que el contrato de la Administración no se perfecciona con la mencionada notificación de la aceptación, que podría ser similar a la notificación de la adjudicación de la buena pro, puesto que esta decisión administrativa puede ser impugnada por otros postores lo que tendría como consecuencia la suspensión del procedimiento de selección hasta que se resuelva la controversia en sede administrativa. El contrato administrativo se perfecciona con la suscripción del mismo, una vez concluido el procedimiento de selección respectivo.

En caso se generen controversias durante el trámite de los procedimientos administrativos de selección, es decir desde la convocatoria hasta antes de la suscripción del contrato, la Ley de la materia ha previsto un sistema de recursos administrativos que se desarrollan en dos instancias:

- Primera instancia, ante la propia entidad administrativa que convoco el procedimiento de selección, mediante el recurso de apelación que deberá ser resuelto por el titular del respectivo pliego presupuestal o la máxima autoridad administrativa de la entidad;
- Segunda Instancia, ante el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - CONSUCODE, que constituye última instancia administrativa.

Con motivo de la interposición de los citados recursos administrativos se suspende el trámite de los procedimientos administrativos de selección hasta que los citados recursos sean resueltos. La ley ha establecido plazos excepcionalmente breves para la interposición de tales recursos y para su resolución por las entidades competentes, con el objeto de que no se dilaten afectando los requerimientos por parte de la Administración de adquisiciones necesarias para su funcionamiento.

Contra lo resuelto por el mencionado tribunal administrativo cabe la interposición de demanda contenciosa administrativa, lo que no suspende automáticamente lo resuelto por el referido tribunal administrativo a menos que durante el proceso se obtenga del juez de la causa una medida cautelar en dicho sentido.

Respecto de los conflictos que se pueden generar desde que se inicia la ejecución del contrato hasta su culminación ya se ha comentado anteriormente que la Ley de Contrataciones y Adquisiciones ha establecido que la vía obligada para resolver la controversia es el arbitraje. Lo que se resuelve mediante arbitraje no puede ser objeto de impugnación ante el Poder Judicial, salvo los casos excepcionales de fraude taxativamente contemplados en la Ley General de Arbitraje.

La mencionada Ley ha creado al Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - CONSUCODE, que constituye un organismo público descentralizado del Gobierno

Nacional adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, que tiene a su cargo el rol de organismo rector del sistema de adquisiciones en todo el país. Asimismo se le otorgan facultades para imponer sanciones de inhabilitación por un período de tiempo a los proveedores, participantes, postores y contratistas que contravengan las disposiciones legales, de modo que durante la vigencia de la sanción los infractores estarán impedidos de contratar con el estado.

Pero como ya se explico al iniciar esta sección la Ley de Contrataciones y Adquisiciones sólo regula una parte de la actividad pre o contractual de la Administración Pública en el Perú, es decir sólo cuando el Estado es el adquirente y egresa recursos públicos con tal fin, pero no regula por ejemplo la hipótesis en que el Estado sea el vendedor y mas bien obtiene ingresos por sus operaciones. Estos casos están normados por las disposiciones que regulan el régimen de administración de los bienes del Estado[88] que establece que para disponer de tales bienes la Administración deberá ceñirse por regla general al procedimiento de subasta pública.

En el caso de concesiones existe una pluralidad de regímenes legales dependiendo del tipo de actividades o bienes otorgados en concesión. Respecto de las concesiones de recursos naturales existe normativa especial en el caso de recursos mineros, forestales, energéticos, etc. Tratándose de concesiones de servicios públicos también existen regímenes especiales sectoriales en las leyes sobre concesiones eléctricas, de telecomunicaciones y saneamiento. Las concesiones que se otorgan respecto de obras públicas de infraestructura de transportes (puertos, carreteras, aeropuertos, vías ferreas) y de servicios públicos en general se rigen por dispositivos legales[89] que enfatizan la regulación de los procedimientos administrativos de licitación pública o concursos de proyectos especiales y que deja librado a la entidad administrativa que se encarga del proceso de promoción de la inversión (PROINVERSIÖN) establecer el contenido de los respectivos contratos de concesión en base a ciertas pautas que establecen los citados dispositivos. Leyes posteriores han potenciado la transparencia en los citados procesos de promoción de la inversión privada estableciendo la obligación del ente promotor que tramita la licitación de publicitar en su respectiva pg. Web institucional el texto de los proyectos de contratos de concesión y algunos organismos reguladores como es el caso de OSITRAN que supervisa los contratos de concesión de la infraestructura de transporte suscritos por el Gobierno Central publican los contratos de concesión que son objeto de su fiscalización en su página institucional en Internet.

En el Perú existe una modalidad contractual denominado contratos leyes o convenios de estabilidad jurídica que no es desconocida en otros países de nuestro entorno pero que en nuestro medio ha adquirido especial desarrollo en los últimos años. Dichos convenios de estabilidad jurídica o contratos leyes constituyen medidas de fomento del Estado para la promoción de actividades particulares orientadas a fines de interés general o a satisfacer necesidades públicas, a las que se les otorga la garantía de que determinado régimen jurídico permanecerá inalterable durante un período de tiempo, de modo que las futuras modificaciones de la legislación con posterioridad a la suscripción del contrato no les serán aplicables.

El régimen de los contratos leyes ha sido constitucionalizado por la Carta vigente:

[88] Reglamento General de Procedimientos Administrativos de los Bienes de Propiedad estatal aprobado mediante Decreto Supremo N° 154-2001-EF de 16 de julio del año 2001.

[89] Texto Unico Ordenado de la normas con rango de ley que regulan el proceso de promoción de la inversión privada en concesiones de infraestructura y servicios públicos aprobado mediante Decreto Supremo N° 059-96-PCM y su reglamento.

"Artículo 62°.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos - ley. El Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente".

Es importante considerar que si bien el contrato ley es consagrado en los términos glosados, ninguna autoridad administrativa puede celebrarlos en cualquier momento y en cualquier circunstancia. Es decir los alcances de los contratos - ley no están librados a la libertad contractual como los contratos ordinarios, sino que por el contrario, están sujetos a una serie de factores que hacen el fundamento necesario para su concertación, y de un contexto indispensable para su interpretación y aplicación.

El alcance de la estabilidad jurídica otorgado por los contratos ley es variado. Existe un régimen general regulado por los Decretos Legislativo N° 662 y N° 757 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 162-92-EF y regímenes sectoriales diversos. El citado régimen general en materia tributaria garantiza únicamente la estabilidad del régimen del impuesto a la renta, mientras que en las actividades extractivas de minería e hidrocarburos la garantía de estabilidad jurídica es mas amplia porque se congela el régimen tributario vigente a la fecha de suscripción del contrato y no les serán de aplicación a los inversores los tributos que se establezcan con posterioridad.

Incluso tratándose de concesiones de servicios públicos y de obras de infraestructura los convenios de estabilidad jurídica suscritos se extienden por todo el plazo de la concesión (hasta 30 años). Los controversias que se puedan generar entre el Estado y los inversionistas suscriptores en relación a los citados contratos ley son susceptibles de ventilarse en la vía arbitral, como ya ha sucedido en algunos casos que involucraron a empresas del sector eléctrico que impugnaron por la vía arbitral decisiones (actos administrativos de determinación de deuda tributaria) de la administración tributaria que las citadas empresas alegaban constituían actuaciones violatorios de los convenios de estabilidad (el respectivo laudo arbitral dio la razón a las empresas).

VI. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

La Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General establece el régimen general de la potestad sancionadora y del procedimiento administrativo sancionador, para lo cual establece un conjunto de reglas comunes para el ejercicio de dicha importante potestad pública, en un sector que en nuestro ordenamiento administrativo tradicionalmente se caracterizaba como asistemático y fragmentario.

La transformación del rol del Estado en la economía experimentado en los últimos años marcado por el paso de una administración interventora a otra de carácter promotor y regulador que promueve la iniciativa privada en el mercado, defiende la libre concurrencia y los derechos de los consumidores y usuarios, requiere de una Administración Pública que cuente con un marco legal

adecuado y los instrumentos idóneos para velar por su cumplimiento, entre los que se cuenta la posibilidad de sancionar las infracciones al ordenamiento administrativo[90].

En lo que respecta al ámbito de aplicación, las normas reguladoras de la potestad y del procedimiento administrativo sancionador de la Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General se aplican a todas las entidades de la Administración Pública en los tres niveles de Gobierno que tengan atribuidas por mandato legal competencia para determinar la comisión de ilícitos administrativos y las consecuentes sanciones a los infractores.

El art. 292.2 de la Ley citada precisa que la potestad disciplinaria respecto del personal de las entidades administrativas se rige por la normativa especial sobre la materia, lo que implica que el personal al servicio de la Administración Pública sujeto al régimen de la carrera administrativa se ciñe a las reglas y procedimientos sancionadores disciplinarios establecidos por su respectivo ordenamiento jurídico, similar es el caso del régimen disciplinario de policías y militares.

La Ley trata lo referido a la potestad y procedimiento sancionador en dos Capítulos, el primero de los cuales regula las reglas para el ejercicio de la potestad sancionadora, entendida como la potestad de regular o tipificar las infracciones y establecer las correspondientes sanciones, para lo cual se consagran principios generales que en la mayor parte de los casos tienen conexión con los establecidos en el Título Preliminar para todas las actividades administrativas, adaptándolos a las peculiaridades de la potestad sancionadora.

En el segundo Capítulo II establecen los carácter básicos del procedimiento administrativo sancionador, sin perjuicio de que puedan existir otras normas especiales de similar jerarquía, caso en el cual las normas de la Ley general se aplican supletoriamente.

Por primera vez en el ordenamiento administrativo peruano la Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General (art. 230°) reconoce en forma expresa principios específicos de la potestad sancionadora de la Administración Pública inspirados en los que son propios del derecho penal, los que han sido legalmente adoptados con las correspondientes matizaciones y adaptaciones al tema sancionador administrativo.

En lo que respecta al Principio de Legalidad la definición aportada por el artículo 230.1 de la Ley establece que la atribución de la potestad sancionadora a las entidades de la Administración Pública se encuentra protegida por una reserva de ley de carácter absoluto, por cuanto no admite excepción alguna. En consecuencia, la potestad sancionadora sólo podrá ser establecida a favor de cada entidad de la Administración Pública en forma expresa y mediante norma con rango de ley, descantándose, por tanto, la posibilidad de considerar la procedencia de atribuciones implícitas por la sola regulación de la materia, así como la atribución por norma de rango inferior a la ley. Asimismo el precepto citado precisa que conforme al derecho constitucional de la libertad personal la Administración Pública en ningún caso puede aplicar sanciones consistentes en penas que signifiquen ña privación de la libertad.

La definición del Principio de Tipicidad en el artículo 230.4 consagra una reserva de ley de carácter relativa para la tipificación de las infracciones o ilícitos administrativos, porque aunque la regla general es que sólo mediante una norma con rango de ley se puede establecer que conductas constituyen infracciones administrativas (tipificar), se contemplan las siguientes excepciones : (i) se admite que las denominadas disposiciones reglamentarias "de desarrollo" pue-

[90] Sobre el tema: Jorge Danós Ordóñez. "Notas acerca de la potestad sancionadora de la Administración Pública". Revista Ius Et veritas. Lima, 1996. Pg. 149 y ss.

dan especificar conductas previamente tipificadas como infracciones o "graduar" sanciones establecidas en una norma legal, pero con el límite de no poder ampliar la tipicidad preestablecida legalmente; (ii) la otra excepción, es que se admite la posibilidad de que por mandato de una ley expresa la Administración pueda tipificar los ilícitos mediante normas de rango reglamentario. No me parece que esto último sea lo mas acorde a las garantías jurídicas que debe otorgarse a los particulares, pero a diferencia de otros países en los que sus Constituciones extiende la aplicación del principio de legalidad penal a lo sancionador administrativo, en el Perú la reserva de ley esta únicamente establecida a nivel de norma legal por lo que resulta obvio que otra ley puede modificar el contenido de la anterior. Asimismo en lo referido al principio de tipicidad se contempla una exigencia de previsión expresa y detallada de las conductas que constituyen infracción administrativa, así como las sanciones correspondientes, contemplando una prohibición expresa de la interpretación extensiva, así como de la analogía.

Se consagra también el Principio del Debido Procedimiento no obstante que ya esta contemplado en el catálogo de principios generales del procedimiento administrativo de la Ley establecidos por el artículo IV de su Título Preliminar. Parece evidente que se ha querido enfatizar el citado principio debido al especial impacto e incidencia de la potestad sancionadora sobre los particulares y motivado por la necesidad de racionalizar el ejercicio de dicha potestad.

El Principio de Razonabilidad establecido por el artículo 230.3 de la Ley tiene dos contenidos ; (i) que todo ejercicio de la potestad sancionadora cumpla el objetivo de disuadir la realización de una conducta no querida por la ley, de modo que "*la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción*"; (ii) que se tome en cuenta un conjunto de criterios ("*la existencia o no discrecionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición de la comisión de la infracción*") en el momento de graduar la correspondiente sanción aplicable, evitando que la Autoridad desborde su actuación represiva para mas bien encausarla conforme a criterios racionales. El objetivo es que exista justa relación entre la sanción o castigo con la gravedad del ilícito cometido.

La consagración del Principio de Irretroactividad previsto por el artículo 230.5 tiene como consecuencia lo siguiente: (i) que la atribución de potestad sancionadora sólo puede ser ejercida para la determinación de la comisión de conductas constitutivas de infracción y la aplicación dela consecuencia correspondiente, siempre y cuando las disposiciones que las tipifican hayan estado vigentes con anterioridad al hecho concreto y mantengan tal condición al momento de su producción y posterior calificación por la autoridad administrativa; (ii) se contempla la posibilidad de aplicación retroactiva de las normas más favorables que supriman la infracción o reduzcan las sanciones. En mi opinión para efectos de determinar la procedencia de la retroactividad benigna el juicio de benignidad de la norma posterior debe efectuarse de manera integral, quedando prohibida la aplicación fraccionada de la misma.

El artículo 232.1 de la Ley regula las medidas correctivas que puede adoptar la Administración en tutela de los intereses públicos sin perjuicio de la aplicación de la correspondiente sanción. La mencionadas medidas correctivas tienen por objetivo restituir la situación originaria, anterior a la comisión de la infracción, porque a diferencia de las sanciones, no configuran la producción de efectos nuevos sobre los administrados, debido a que lo que persiguen las medidas correctivas es reponer la situación alterada por la comisión de la infracción.

Por primera vez en nuestro ordenamiento administrativo el artículo 233 de la Ley ha establecido normas para la aplicación de la modalidad extintiva de la prescripción en el ámbito administrativo sancionador. Se establece un plazo de cinco (5) años para que opere la prescripción salvo

que una norma especial establezca un plazo diferente. La prescripción debe ser alegada o propuesta por el particular que desee liberarse de la sanción que se le aplica.

En cuanto a las reglas aplicables al procedimiento administrativo sancionador establecidas por los artículo 234° y 235° de la Ley, la novedad mas importante reside en la obligación que se ha establecido a la Administración Pública de comunicar al imputado, en la oportunidad del inicio del procedimiento sancionador, de los hechos que se le imputan a título de cargo, la posible calificación de la conducta que se considera infractora y la indicación de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, a fin de que el administrado cuente con un plazo de cinco (5) días para efectuar sus descargos. Esta ha supuesto una transformación importante en el cumplimiento de las reglas del debido procedimiento administrativo sancionador por parte de la Administración Pública porque tradicionalmente se entendía que el derecho de defensa de los sancionados estaba satisfecho con la simple posibilidad de que una vez aplicada la correspondiente sanción el interesado estaba facultado para interponer los recursos administrativos que la ley establece. Hoy en día la regulación del procedimiento administrativo sancionador requiere que se escuche al imputado antes de ser sancionado lo cual satisface el derecho de defensa pero también se beneficia el interés público procurando que el funcionario instructor del procedimiento sancionador cuente con todos los elementos de juicio para poder determinar si se ha cometido una infracción a una norma administrativa con el fin de aplicar la correspondiente sanción.

En consonancia con el propósito racionalizador de la potestad sancionadora la Ley ha establecido en el artículo 237.2 que las sanciones administrativa sólo pueden ejecutarse mediante los mecanismos de autotutela previstos legalmente cuando la correspondiente resolución que determina la sanción quede firme o agote la vía administrativa. Sin embargo a fin de evitar perjuicios al interés público se permite que, sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos establecidos en el artículo 236° de la Ley, la autoridad que instruye el procedimiento pueda disponer la adopción de medidas cautelares para poder fin a los efectos perjudiciales de la conducta infractora, con el fin de asegurar la eficacia de la resolución final.

Asimismo, se establece en el artículo 237.3 de la Ley la prohibición de reforma en peor, de modo que le esta vedado a la administración empeorar la sanción impuesta al administrado que recurre para que revisen la sanción que le ha sido impuesta. La denominada prohibición de reformatio in peius es una regla que se deriva del derecho de defensa de los ciudadanos.

VII. LA DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.

En nuestro medio no se ha producido jurisprudencia relevante que se haya ocupado de los conflictos que se puede generar a la hora de determinar los alcances del posible control judicial sobre las actuaciones discrecionales por parte de la Administración Pública. Se tiene conciencia que el límite que tienen los jueces para cometer esa tarea es la de no sustituir la decisión administrativa por la suya propia, porque se entiende que cuando la ley atribuye a la Administración la facultad de colaborar en la determinación del interés general, no es a los jueces a quienes se atribuye esa facultad, lo que sólo pueden fundamentar sus decisiones apelando a parámetros jurídicos.

La Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27444 establece en el numeral 3) de su artículo 3° referido a los requisitos de validez de los actos administrativos, que todas las entidades de la Administración Pública deben actuar conforme a las finalidades de interés público

asumidas por las normas que les otorgan potestades y que "*la ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad*", lo que significa que aún cuando se este frente a facultades discrecionales otorgadas a la Administración se debe exigir que el contenido de los actos administrativos sea emitido siempre de conformidad con las finalidades públicas.

El Código Tributario peruano es uno de los pocos cuerpos legislativos en el Perú que caracteriza expresamente determinadas potestades de la Administración Tributaria como discrecionales. Tal es el caso del artículo 62° que establece que la facultad de fiscalización de la Administración Tributaria "*se ejerce en forma discrecional*" y del artículo 166° que dispone que "*la Administración Tributaria tiene la facultad discrecional de determinar y sancionar administrativamente la acción u omisión de los deudores tributarios o terceros que violen las normas tributaria. En virtud de la citada facultad discrecional, la Administración Tributaria también puede aplicar gradualmente las sanciones, en la forma y condiciones que ella establezca, mediante Resolución de Superintendencia o norma de rango similar..... *". Como se pude apreciar la primera de las disposiciones presentadas no ofrece ninguna dificultad para su comprensión porque se entiende que si bien la fiscalización es por regla general un procedimiento reglado, no cabe duda que la decisión de donde practicar fiscalizaciones, respecto de que categoría de contribuyentes, sobre que rubros o tributos, en que oportunidad, debe ser una facultad discrecional otorgada a la Administración Tributaria en función de los intereses generales que constituyen sus cometidos. Mas difícil puede ser en una primera aproximación aceptar la posibilidad que la potestad sancionadora de la administración tributaria pueda ser calificada por la ley de la materia como discrecional, sin embargo la lectura atenta del dispositivo glosado y la experiencia práctica hasta la fecha demuestra que ha sido otorgado con el propósito de que la administración tributaria pueda generar marcos o regímenes que benefician a los contribuyentes porque permite a la Administración otorgar facilidades a los contribuyentes que voluntariamente aceptan regularizar las infracciones que han cometido.

El último párrafo de la Norma IV del Título Preliminar del Código Tributario establece parámetros para el ejercicio de las potestades discrecionales por parte de la Administración Tributaria:

"*En los casos en que la Administración Tributaria se encuentra facultada para actuar discrecionalmente optará por la decisión administrativa que considere más conveniente para el interés público, dentro del marco que establece la ley*".

VIII. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES Y ARBITRAJES.

1. El Proceso contencioso-administrativo.

El proceso contencioso administrativo en el Perú esta expresamente consagrado en el artículo 148° de la Constitución[91] como un mecanismo para el control judicial de la legalidad de la activi-

[91] *Art. 148°.- Las resoluciones administrativas que causen estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contenciosa administrativa.*

dad de la Administración Pública, mediante el cual los ciudadanos pueden acudir ante el Poder Judicial cuestionando las decisiones administrativas que afecten sus derechos e intereses.

El citado precepto tiene como antecedente inmediato el artículo 240° de la Constitución de 1979 que fue la primera que en el Perú otorgo específicamente rango constitucional al proceso contencioso administrativo como instrumento procesal puesto a disposición de los ciudadanos para solicitar al Poder Judicial el control de la actividad administrativa contraria al ordenamiento jurídico.

En el ordenamiento jurídico peruano el proceso contencioso administrativo es una garantía esencial del Estado de Derecho, porque constituye un mecanismo creado para controlar que la Administración Pública actúe subordinada al marco jurídico que regula su actividad (la Constitución, las leyes y los reglamentos), permitiendo a los ciudadanos acudir a otro Poder del Estado (el Judicial) demandando que evalúe si las actuaciones de la Administración son contrarias o no a Derecho.

De lo expuesto se puede apreciar que la consagración a nivel constitucional del proceso contencioso administrativo cumple los siguientes objetivos: (i) Garantiza el equilibrio entre los poderes del Estado, porque permite que lo decidido por las entidades y órganos que conforman la Administración Pública, o que ejercen funciones administrativas, en cualquiera de sus tres niveles de Gobierno, es decir nacional, regional y local, pueda ser revisado a pedido de los interesados por otro poder distinto y autónomo como lo es el Poder Judicial; (ii) Refuerza el principio de legalidad que fundamenta a la Administración Pública, porque conforme a la arquitectura Constitucional toda acción administrativa debe sujetarse al ordenamiento jurídico preestablecido, razón por la que se confiere al Poder Judicial la potestad de verificar en sede jurisdiccional la legalidad de las actuaciones administrativas impugnadas; (iii) Consagra el derecho sujetivo de los particulares para poder cuestionar ante el Poder Judicial todas las decisiones administrativas que les afecten, demandando la satisfacción jurídica de sus pretensiones contra la Administración Pública, lo que constituye un verdadero derecho a la tutela judicial judicial efectiva frente a la Administración que también está amparado por los Tratados Internacional que sobre Derechos Humanos ha refrendado el Perú; (iv) Correlativamente establece una tácita reserva constitucional para que el control jurisdiccional de la legalidad de la actividad administrativa se realice exclusivamente a través del Proceso Contencioso Administrativo, como el proceso ordinario destinado especialmente al control jurisdiccional de la legalidad de la actuación administrativa y no mediante otros procesos (de orden civil, etc.), a excepción de los procesos constitucionales destinados a la tutela de los derechos fundamentales que sirven también subsidiariamente para el control de las acciones administrativas (amparo, habeas data, proceso de cumplimiento, etc.)[92]; (v) al consagrarse el proceso contencioso administrativo se impide que el legislador pueda aprobar normas que excluyan determinadas actuaciones administrativas del ámbito del citado proceso declarándolas exentas o inmunes a un eventual control jurisdiccional (se proclama la universalidad del control); que se restrinja irrazonablemente el acceso de los particulares ante la Justicia para iniciar el citado proceso; que se reduzcan las potestades de la magistratura en orden a ejercer sin restricciones el control jurídico de la Administración o, finalmente; que se desnatura-

[92] *Artículo 3° de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo N° 27584.- Exclusividad del proceso contencioso administrativo.- Las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo los casos en que se puedan recurrir a los procesos constitucionales.*

lice el cauce establecido legalmente impidiendo a los particulares acceder a la tutela jurisdiccional respecto de la Administración Pública.

En este punto conviene enfatizar que el proceso contencioso administrativo, no obstante estar expresamente consagrado en la Constitución peruana, no participa de la naturaleza de los procesos constitucionales establecidos en el artículo 200° del texto constitucional[93], por las siguientes razones: (i) su objeto directo no es el control de la constitucionalidad de las normas jurídicas, ni tampoco la sola protección de los derechos constitucionales, porque mediante el proceso contencioso administrativo los particulares afectados pueden cuestionar todo tipo de actuaciones administrativas por cualquier motivo de contrariedad al derecho, enjuiciando tanto la inconstitucionalidad como la ilegalidad de las actuaciones administrativas impugnadas, y asimismo demandar el reconocimiento de derechos incluso de origen legal y no sólo constitucional; (ii) a diferencia de los procesos constitucionales para la tutela de los derechos fundamentales que son remedios extraordinarios para la protección inmediata o de urgencia de los citados derechos amenazados o vulnerados, sometidos a plazos de tramitación muy breves y carentes de etapa probatoria, el proceso contencioso administrativo es un proceso ordinario, específico y preferente para el control jurídico de las decisiones administrativa, en cuyo trámite las partes pueden actuar con amplitud los medios probatorios; (iii) mientras que en los procesos constitucionales cabe la posibilidad que los demandantes puedan acudir en último grado ante el Tribunal Constitucional en caso el Poder Judicial no estime sus demandas, el proceso contencioso administrativo se tramita exclusivamente ante las instancias del Poder Judicial; (iv) Finalmente, conforme al penúltimo párrafo del artículo 200° de la Constitución se ha establecido una reserva a ley orgánica para la regulación del trámite de los procesos constitucionales, requisito formal que no se aplica para el proceso contencioso administrativo que puede ser objeto de regulación por una ley ordinaria.

En el derecho comparado existen dos grandes sistemas para el control jurisdiccional de la Administración Pública: (i) El que considera la creación de un ente especializado, ajeno incluso a los órganos jurisdiccionales ordinarios, como es el caso del Consejo de Estado en Francia y Colombia; y (ii) el sistema adoptado por los países en los que se crea una jurisdicción especializada, dedicada al control jurisdiccional de la administración, pero formando parte de la estructura del Poder Judicial. En el Perú, la ubicación del artículo 148° de la Constitución que consagra el proceso contencioso administrativo dentro del Capítulo dedicado al Poder Judicial indica que nuestro ordenamiento opta por el sistema judicialista para el diseño de los mecanismos de control jurisdiccional de la actuación de la administración pública[94], razón por la cual la legislación de desarrollo ha previsto la creación de jueces y salas especializadas en lo contencioso administrativo, atendiendo a que los asuntos que podrían ser ventilados en los procesos contencioso administrativos por su diversidad y carácter complejo componen un conjunto muy amplio y heterogéneo de materias que requieren de magistrados con suficiente especialización porque las técnicas y los principios propios del Derecho Administrativo y del Derecho Público en general

[93] *Art. 200°.- Son garantías constitucionales: 1.- La Acción de Habeas Corpus....., 2.- La Acción de Amparo....., 3.- La Acción de Habeas Data....., 4.- La Acción de Inconstitucionalidad....., 5.- La Acción Popular....., 6.- La Acción de Cumplimiento.....*

[94] He trabajado el tema en: "El Proceso contencioso administrativo en el Perú", publicado en: Derecho Procesal. II Congreso Internacional. Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial. Lima, 2002, pg. 350. También se puede leer en: www.bidding.com.br/cv_ibero/artigos.html

son diferentes a las del Derecho Privado y no es fácil acertar en su interpretación y aplicación por quienes carecen de especialización en las mencionadas ramas del derecho.

Es importante resaltar que si bien el artículo 148° de la Constitución que consagra el proceso contencioso administrativo hace referencia a "las resoluciones administrativas" como objeto del proceso contencioso administrativo, cabe tener presente que la consagración constitucional del citado proceso en nuestra opinión tiene dos efectos: (i) el proceso contencioso administrativo no esta concebido exclusivamente como un "proceso al acto", que restrinja las potestades de los jueces a sólo determinar la validez o no del acto impugnado, como si se tratase de una segunda instancia simplemente revisora del procedimiento tramitado en sede administrativa, porque en concordancia con el derecho a la tutela jurisdiccional consagrado por el numeral 3) del artículo 139° de la Constitución[95] y los Tratados internacionales de los que el Perú es parte, lo correcto es que el contencioso administrativo se configure como un proceso que tiene por objeto no sólo la declaración judicial de invalidez de las actuaciones administrativas contrarias al ordenamiento jurídico, sino también el restablecimiento para el particular de las situaciones ilegítimamente perturbadas por la Administración Pública, por lo que el verdadero objeto del proceso es lo que el demandante pretende ante los tribunales ("la pretensión"), y el papel del acto administrativo impugnable (las denominadas "resoluciones") se reduce a un mero presupuesto de procedibilidad, no pudiendo condicionar este último el alcance de las potestades judiciales; (ii) el control a través del proceso contencioso administrativo debe implicar la plena justiciabilidad del universo de las actuaciones de la Administración Pública, y no sólo de los actos administrativos expresos, por lo cual debe incluir a la inercia o el comportamiento omisivo de la Administración cuando constituya violación de un deber legal y las meras actuaciones materiales o actividades de ejecución de las entidades administrativas sin estar precedidas de un acto administrativo que le sirva de cobertura.

Conforme al artículo 148° de la Constitución, la condición que deben reunir los actos administrativos para ser cuestionados ante el Poder Judicial es que causen estado, es decir que agoten o pongan fin a la vía administrativa porque fijan de manera definitiva la voluntad de la Administración, constituyendo la manifestación final de la acción administrativa respecto de la cual no es posible la interposición de otro recurso administrativo, debiendo entenderse que ello ocurre cuando se ha llegado al funcionario superior con competencia para decidir en definitiva sobre el acto impugnado, por lo que únicamente su pronunciamiento podría ser objeto de cuestionamiento ante el Poder Judicial[96]. Las reglas sobre la forma como el particular puede cumplir dicho requisito están establecidas en el artículo 218° de la Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27444 la que ha regulado los recursos y los actos mediante los cuales el particular puede entender por agotada la vía administrativa, a fin de acceder a la tutela judicial mediante el proceso contencioso administrativo.

En cuanto al desarrollo legal del artículo 148° de la Constitución, el 17 de abril del año 2002 entró en vigencia la Ley Reguladora del Proceso Contencioso Administrativo N° 27584, publica-

[95] *Art. 139°.- Son principios y deberes de la función jurisdiccional:.....3.- La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.....".*

[96] He analizado los conceptos "causar estado" y "agotar la vía administrativa" como sinónimos en: "Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo. Las llamadas resoluciones <<que causan estado>>" en revista Ius Et Veritas N° 16, Lima, 1988, pg. 151 y en la Revista de la Academia de la Magistratura N° 1, Lima 1998, pg. 209. También en: "El proceso contencioso administrativo en materia Tributaria", en revista Themis N° 41, Lima, 2000.

da en el Diario Oficial el 7 de diciembre del 2001, la que constituye la primera ley que ha sido dictada en el ordenamiento jurídico peruano para regular específicamente el proceso contencioso administrativo[97].

La citada ley fue aprobada por el Congreso de la República sobre la base de un proyecto elaborado por una Comisión de juristas designada para dicho propósito por el Ministerio de Justicia, mediante Resolución Ministerial N° 174-2000-JUS y que me correspondió el honor de presidir, la que preparó un texto que fuera difundido por el Diario Oficial en una separata especial publicada el 5 de julio del 2001, acompañado de una prolija Exposición de Motivos.

La nueva ley, en concordancia con el artículo 148° de la Constitución, diseña al contencioso administrativo como un proceso de plena jurisdicción, o como la doctrina administrativa le denomina «de carácter subjetivo», de modo que el juez no se puede limitar a efectuar un mero control de la validez de los actos administrativos, sino que tiene encomendado la protección y la satisfacción de los derechos e intereses de los demandantes afectados por actuaciones administrativas[98]. Entre las pretensiones que los demandantes pueden formular en el proceso se encuentra: que se declare la nulidad, total o parcial, o la ineficacia del acto administrativo cuestionado, el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines; la declaración de contrario a derecho y el cese de toda actuación material que no se sustente en un acto administrativo y que se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo (arts. 5° y 38°).

La citada ley a la vez que proclama la universalidad del control jurisdiccional de toda actuación administrativa en ejercicio de potestades reguladas por el derecho administrativo, en virtud de lo establecido por el artículo 148° de la Constitución, establece con fines meramente ilustrativos una relación de actuaciones impugnables que comprende obviamente en primer lugar a los actos administrativos, al silencio, la inercia o cualquier otra omisión formal de la administración pública, a la simple actuación material de la administración sin cobertura formal, a las actividades de ejecución de actos administrativos que transgredan el marco legal (ejemplo: excesos en el procedimiento de ejecución coactiva), a las actuaciones sobre el personal dependiente de la administración pública ya sea bajo el régimen de la carrera administrativa o el régimen laboral privado y a las controversias sobre la ejecución de los contratos suscritos por la administración pública cuando no sea obligatorio el sometimiento a la vía arbitral, como es el caso de casi todos los contratos administrativos suscritos al amparo de la ley de contrataciones y adquisiciones (art.4°).

Entre las novedades más destacables de la nueva ley se encuentra la consagración de principios específicos del proceso contencioso-administrativo, atendiendo a la singularidad de la ma-

[97] Sobre el tema: Giovanni F. Priori Posada. Comentarios a la Ley del proceso Contencioso Administrativo. Ara Editores. Lima 2002. 2da. Edición. También: Ramón Huapaya Tapia. El objeto del proceso contencioso administrativo en la ley N° 27584. Tesis de Bachiller inédita. Universidad de Lima. Lima 2004. También el catedrático Juan José Diez Sánchez en su ponencia. "Comentarios en torno a la ley del proceso contencioso administrativo del Perú". En: la obra colectiva promovida por la Asociación Peruana de Derecho Administrativo titulada "Derecho Administrativo", que recoge las ponencias presentadas al Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo celebrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú en abril del 2004. Jurista Editores, Lima, 2004, pg. 167 y ss.

[98] Sobre el tema: Eloy Espinosa - Saldaña Barrera. "El nuevo proceso contencioso administrativo peruano: ¿Principio del fin de nuestro amparo alternativo?". En: Normas Legales. Tomo 319, Volumen II, Lima, Diciembre 2002, pg. 1 y ss. También publicado en: Jurisdicción Constitucional, impartición de justicia y debido proceso. Ara Editores, Lima, 2003, pg. 253 y ss.

teria administrativa que es objeto de controversia, sin perjuicio de los demás principios del derecho procesal en general, y de los principios que establece el Título Preliminar del Código Procesal Civil.

Entre los principios consagrados se encuentra el «principio de integración» conforme al cual los jueces por mandato Constitucional no pueden dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tales situaciones la nueva ley establece que si durante la tramitación de los procesos contencioso - administrativos se determina la existencia de defecto o deficiencia de la ley sustantiva aplicable al caso que es objeto del proceso, los jueces deberán integrar los vacíos o lagunas utilizando los principios propios del Derecho Administrativo. A tal efecto conviene recordar conforme a sido reseñado en la primera parte de este trabajo que en la nueva Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General se consagra una extensa relación de «Principios del Procedimiento Administrativo» en el artículo IV de su Titulo Preliminar[99], los que han sido puntualmente definidos con el deliberado propósito de facilitar su aplicación.

Otro principio consagrado es el de «igualdad procesal», conforme al cual las partes durante la tramitación del proceso deberán ser tratadas con igualdad, sin admitir privilegios que beneficien.

El «principio de favorecimiento del proceso» está vinculado al principio más conocido como «*in dubio pro actione*» y según la Exposición de Motivos del Proyecto que dio origen a la Ley N° 27584, en caso que los jueces encargados de tramitar el proceso tengan duda razonable acerca de la procedencia de la demanda, deberán preferir darle trámite sin perjuicio de poder verificar el cumplimiento o no de los requisitos de procedibilidad a lo largo del proceso». El objetivo es facilitar el acceso a los ciudadanos a la tutela judicial efectiva, a fin de evitar que interpretaciones en exceso formalistas menoscaben su derecho constitucional a cuestionar judicialmente actuaciones administrativas que consideren ilegales.

Finalmente, se establece el principio de «suplencia de oficio» por el cual los jueces del contencioso administrativo deben suplir las deficiencias formales de las partes, así como disponer la subsanación de las mismas en un plazo razonable. (Artículo 2°).

En cuanto a los órganos jurisdiccionales encargados de resolver el proceso contencioso administrativo, la ley consagra la creación de jueces de primera instancia y de salas de la Corte Superior, especializados en lo Contencioso Administrativo, lo cual garantizará mayor efectividad en las técnicas de control jurisdiccional de la administración pública. Se establece que el proceso deberá iniciarse en la mayor parte de casos ante el juez especializado en la materia y sus resoluciones pueden apelarse ante la respectiva sala especializada de la Corte Superior. La Corte Suprema cumple un rol exclusivamente casatorio (arts. 8° y 9°). Mediante Ley N° 27709 se ha modificado el texto del artículo 9° para establecer que respecto de actuaciones realizadas por tribunales administrativos y algunos organismos constitucionales, el proceso se inicia por excepción ante la sala especializada de la Corte Superior respectiva cuya resolución puede apelarse ante la Corte Suprema, la cual curiosamente resuelve también en vía de casación.

En tal sentido, aparte del error consistente en referirse únicamente a «resoluciones», en lugar del término genérico «actuaciones» administrativas en sintonía con el artículo 4° de la ley, se constata que los legisladores han desnaturalizado la casación al permitir que proceda respecto de

[99] Se consagran y definen los principios de: legalidad, debido procedimiento, impulso de oficio, razonabilidad, imparcialidad, informalismo, presunción de veracidad, conducta procedimental, celeridad, eficacia, verdad material, participación, simplicidad, uniformidad, predictibilidad y privilegio de controles posteriores, sin perjuicio de la vigencia de otros posibles principios generales del Derecho Administrativo.

resoluciones dictadas por una sala de la propia Corte Suprema, olvidando que su propósito es la unificación de la jurisprudencia y que ello sólo se justifica respecto de sentencias dictadas por instancias judiciales inferiores a la del más alto tribunal de justicia nacional. Dicho error ha motivado que de manera incoherente se haya otorgado la competencia para resolver la apelación de las sentencias de las salas especializadas en lo contencioso-administrativo de la Corte Superior nada menos que a la Sala Civil de la Corte Suprema, en lugar de la respectiva sala especializada en materia administrativa de dicho alto tribunal, a la que se le ha relegado a resolver precisamente los recursos de casación.

Asimismo se establece que el contencioso administrativo es el cauce procesal para aquellos supuestos excepcionales en que las leyes administrativas (art. 202°.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27444) facultan a la administración pública para demandar ante el Poder Judicial la declaración de nulidad de sus propios actos administrativos declarativos de derechos a favor de un particular, cuando se ha vencido el plazo para declarar su nulidad de oficio en sede administrativa[100]. La ley exige que la administración pública para hacer uso de la citada facultad de interponer demanda contenciosa administrativa contra sus propios actos emita previamente una resolución motivada en la que se identifique el vicio de legalidad en que incurre el acto administrativo en cuestión y el agravio que produce al interés público (art. 11°). En tal caso tendrá la calidad de demandado el particular que podría ser perjudicado por la eventual declaración judicial de nulidad del acto administrativo que le reconoce derechos (art.13°).

El artículo 12° de la Ley N° 27584 contiene otra novedad consistente en contemplar el otorgamiento de legitimación activa en la tutela de intereses difusos afectados por actuaciones administrativas, considerando para tales efectos como titulares de la misma a organismos constitucionales autónomos como el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, así como cualquier persona natural o jurídica.

Por lo que respecta a la legitimación pasiva en el proceso contencioso-administrativo, resulta pertinente destacar los siguientes supuestos recogidos en el artículo 13°:

– El numeral 4, referido al caso de los procedimientos administrativos trilaterales, es decir, aquellos que se siguen entre dos o más particulares ante las entidades de la Administración Pública[101]. En tal supuesto, tienen legitimidad para obrar pasiva tanto la entidad administrativa que realizó la actuación que es objeto de cuestionamiento como el otro administrado que participó en el respectivo procedimiento.

– El numeral 5, que otorga legitimidad a los particulares titulares de los derechos cuya nulidad sea pretendida en sede judicial por la entidad administrativa demandante que lo expidió.

– El numeral 6, en virtud del cual se otorga legitimidad a la entidad que expidió el acto administrativo impugnado en los supuestos excepcionales en los que una norma legal faculta a otra entidad para ser la titular de la pretensión de la declaración de nulidad en sede judicial.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 12° con relación al rol del Ministerio Público, el artículo 14° recoge de modo general el papel que le asigna el ordenamiento vigente como dicta-

[100] Sobre el tema: Juan Carlos Morón Urbina. "El proceso de lesividad: El contencioso promovido por la Administración". En: Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal. Editada por la asociación civil Taller de Derecho. N° 3, Lima, pg. 30 y ss.

[101] El régimen general aplicable a dichos procedimientos administrativos se encuentra regulado, con carácter general, en los artículos 219° a 238° de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

minador (emisión de opinión previa a la sentencia y en casación), así como calidad de parte cuando asume el rol de actor en tutela de intereses difusos.

Finalmente, el artículo 15° de la Ley N° 27584 establece como regla general que la representación y defensa judicial de las entidades administrativas está a cargo de la respectiva Procuraduría (regidas por lo establecido en el Decreto Ley N° 17537 de Defensa Judicial del Estado), salvo aquellos casos en que una norma legal regule con carácter especial el mecanismo a través del cual se verificará dicha representación judicial, como sucede con las entidades del Gobierno Central que se encuentran facultadas por ley expresa para ello, como es el caso de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

La ley reguladora del proceso contencioso administrativo establece el plazo de tres meses como regla general para interponer la demanda. En los procedimientos administrativos en que media silencio administrativo u otras formas de inactividad formal de la Administración Pública el plazo que tiene el interesado para formular la demanda es de seis meses, contados a partir de la fecha en que vence el plazo establecido para que la Administración se prenuncie (art. 17°). A no dudar constituye un error el establecimiento de un plazo de seis meses para interponer la demanda cuando se produzca silencio administrativo negativo, a contar desde la fecha en que vence para la administración pública el plazo legal para expedir la resolución o producir el acto administrativo solicitado, porque el citado tipo de silencio administrativo constituye una técnica de garantía del particular y no una carga para el mismo quien podría utilizarlo para dar por denegada su petición o recurso y acudir ante los órganos jurisdiccionales para promover su control jurisdiccional, o puede legítimamente esperar el pronunciamiento expreso de la Administración sin que corran plazos en su contra. En base a dichas consideraciones el anteproyecto de la ley proponía que se establezca de manera expresa que en caso de silencio administrativo no se debía computar plazo para interponer demanda alguna, lo cual resultaba coherente con el régimen previsto en el artículo 188.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27444 conforme al cual "el silencio administrativo no inicia el cómputo de plazos ni términos para su impugnación".

Respecto del requisito del agotamiento de la vía administrativa impuesto por la Constitución para la procedencia del proceso contencioso administrativo, su cumplimiento debe atenerse a lo preceptuado por el artículo 218° de la Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27444, pero en caso de duda razonable sobre la procedencia de la demanda o falta de precisión del marco legal respecto del agotamiento de la vía, los respectivos órganos jurisdiccionales deben guiarse por el principio de favorecimiento del proceso en virtud del cual se exige al Juez la admisión de la demanda en caso de duda razonable sobre la procedencia de la demanda o falta de precisión del marco legal respecto del agotamiento de la vía previa (arts. 18°, e inciso 3° del 2°).

Frente a lo expuesto, el artículo 19° de la Ley N° 27584 ha previsto diversas excepciones a la exigencia de agotamiento de la vía previa en casos puntuales que cuentan con la respectiva justificación:

1) La vía administrativa es inexistente por cuanto que es la propia Administración la que interpone la demanda contra los actos por ella emitidos.

2) Se cuestionen omisiones en la actuación material o cumplimiento del ordenamiento por la Administración Pública, para los cuales se ha previsto un trámite previo especial semejante al contemplado para el caso del proceso de cumplimiento.

3) Se trate de terceros ajenos al procedimiento administrativo que afecta sus derechos o intereses, por cuanto que el agotamiento de la vía administrativa les sería imposible al no haber formado parte del procedimiento.

En cuanto al cauce procesal la regla general es que el proceso contencioso administrativo se tramite por la vía del proceso abreviado y que sea de aplicación supletoria el Código Procesal Civil (art.25° y 1era.D.F.).Únicamente cuando se formule como pretensión que el juez ordene a la Administración Pública el cese de cualquier actuación material que no se sustente en un acto administrativo previo o que enmiende su inercia cuando esta obligada realizar una actuación, se tramita por la vía del proceso sumarísimo (art.22°).

Aunque pareciera que la ley, contracorriente a las modernas tendencias doctrinales en la materia, restringe la actividad probatoria en el contencioso administrativo exclusivamente a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, por la vía de prohibir la incorporación al proceso la probanza de hechos nuevos o no alegados en la etapa prejudicial (Artículo 28°), los demás dispositivos que regulan el régimen de los medios probatorios en la ley no responden a dicha óptica porque han sido reproducidos textualmente del proyecto original que partía de una premisa diametralmente distinta que proclamaba el carácter amplio y abierto de la actividad probatoria en el proceso contencioso-administrativo[102].

Hoy en día en la doctrina predominan las tesis que defienden la plena actuación de pruebas en el proceso contencioso-administrativo. La posición contraria la sostienen quienes, a decir de Borrajo Iniesta[103] adoptan un rígido concepto del contencioso-administrativo como proceso meramente revisor del procedimiento seguido en vía administrativa, "que sólo admite como relevante la legalidad del acto impugnado en el momento en que fue dictado, tomando en consideración sólo los hechos que entonces constaban como ciertos"[104]. Para esta posición el proceso contencioso-administrativo es una mera continuación de lo actuado en vía administrativa debiendo el juzgador aceptar la visión de los hechos a que se hubiese llegado en el procedimiento administrativo.

La tesis correcta en nuestra opinión, es la que sostiene que en el contencioso - administrativos los jueces deben "enjuiciar el litigio con plenitud de jurisdicción resolviendo las pretensiones de las partes a la vista de los hechos acreditados en el momento de dictar sentencias, hayan sido probados en el proceso o fuera de él". En opinión de Borrajo Iniesta debe tenerse en cuenta que las "normas sobre prueba (que) se aplican en el seno de un procedimiento administrativo, son utilizadas con una finalidad diferente a la de las pruebas judiciales. No son ya practicadas por un juez que debe dirimir un conflicto para mantener la paz jurídica; son aplicadas por un Administrador, que debe realizar determinados fines materiales en satisfacción de concretos intereses generales. La finalidad institucional de las normas probatorias en el seno de un proceso judicial.... es sustentar una sentencia: una decisión definitiva en derecho, que entre otras cosas, declara los hechos que ocurrieron, narra la versión jurídicamente veraz. En cambio, la finalidad institucional de las

[102] Proyecto de Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, artículo 27° Actividad Probatoria.- En el proceso contencioso administrativo la actividad probatoria no se restringe a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, pudiendo incorporarse al proceso la probanza de cualquier hecho que tuviera relevancia para la identificación de los aspectos subyacentes al conflicto de intereses de las partes»-

[103] Ignacio Borrajo Iniesta. "Prueba y Jurisdicción Revisora". Civitas- Revista Española de Derecho Administrativo (REDA) N° 61. 1989.

[104] Según dicha posición la función de los jueces en el contencioso-administrativo se limita a "examinar sentado lo que la Administración había resuelto de pie", citado por Borrajo Iniesta, opus cit., primer pié de página.

normas probatorias en el seno de un procedimiento administrativo es posibilitar la eficacia de la actuación administrativa, que sus decisiones sean lícitas, acertadas y oportunas. Con ello, entre otras cosas, se consigue minimizar los conflictos con los afectados por las medidas administrativas; pero no impedirlos y menos sustituirlos por una solución contenciosa-administrativa".

Según Rivero Ortega[105] la consideración igualitaria de las partes en el proceso contencioso-administrativo "obliga a cuestionar por ejemplo, el valor hasta ahora atribuido al expediente administrativo, partiendo de la base de que la prueba posee un carácter exclusivamente jurisdiccional, pero desde el momento en que (el proceso administrativo) admite la existencia de pruebas preconstituidas, cuyo valor probatorio reconocen las leyes, se enfrenta a la realidad de que en muchos casos la Administración se encuentra en una posición de ventaja a la hora de lograr el reconocimiento del órgano judicial con respecto a su versión de los hechos –de la que queda constancia en el expediente– mientras que el particular recurrente debe desmontar esta versión a posteriori con notables dificultades probatorias". Similar es la opinión de González-Cuellar[106] para quien el valor probatorio desmedido que en muchas ocasiones otorgan los jueces a los expedientes administrativos demostrando excesivo apego a las apreciaciones fácticas de la administración pública, "privilegiada incluso en ocasiones por presunciones de veracidad difícilmente destruibles por los particulares, mermaron considerablemente la efectividad de su derecho a la prueba". Para Sarmiento García[107] la plenitud jurisdiccional del proceso contencioso-administrativo implica: "La posibilidad de admisión de toda clase de pruebas, aunque no se hayan presentado y diligenciado en el procedimiento administrativo previo, y de decretar de oficio la que el tribunal estime conveniente para la mejor solución de la contienda...".

De otro lado, consideramos pertinente resaltar lo establecido en el artículo 22° de la Ley N° 27584, en virtud del cual, al admitir a trámite la demanda, los jueces deberán ordenar a la entidad administrativa demandada que remita el expediente relacionado con la actuación impugnatoria. Ante el eventual incumplimiento, se otorga a los jueces la posibilidad de optar por cualquiera de las siguientes alternativas, sin que en momento alguno se suspenda la tramitación del proceso contencioso-administrativo: 1) prescindir del expediente administrativo; 2) reiterar el pedido bajo apercibimiento de poner los hechos en conocimiento del Ministerio Público para el inicio del proceso penal correspondiente. Sin perjuicio de lo indicado, cabe señalar que el artículo 20°, inciso 2 de la Ley establece que la remisión del expediente administrativo que dio origen al acto que se impugna constituye un requisito especial de admisibilidad de la demanda, en caso la misma sea interpuesta por las entidades administrativas para impugnar judicialmente sus propios actos administrativos.

En los casos en que se pretenda impugnar la aplicación de una sanción administrativa, la nueva ley establece que en virtud del principio de presunción de inocencia la carga de probar los hechos que configuran la infracción corresponde a la entidad administrativa demandada (Artículo 30°).

La Ley N° 27584 incide particularmente en propender a la real vigencia y respeto del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Atendiendo, a ello, la Ley parte de concebir que el proceso es

[105] Ricardo Rivera Ortega "El Estado vigilante. Tecnos ; Madrid. 2000. Pág. 216.

[106] Nicolás González - Cuellar Serrano. La prueba en el proceso administrativo (objeto, carga y valoración). Editorial Colex. 1992. Pág. 10.

[107] Jorge Sarmiento García. "Introducción al Procedimiento y al Proceso Administrativo, en el colectivo: Protección del Administrado. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires 1996. Pág. 37.

un medio que el ordenamiento jurídico concede a las partes para la solución de un conflicto de intereses. Siendo ello así, el proceso adquiere sentido sólo en la medida en que se dé una real y efectiva solución al conflicto de intereses. Desde este punto de vista, consideramos conveniente tener presente que una de las manifestaciones del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva estriba en procurar la efectividad de las resoluciones judiciales, lo que en más de una oportunidad ha sido proclamado por nuestro Tribunal Constitucional, y que implica la exigencia del diseño de una serie de instrumentos que garanticen la real vigencia y efectividad de la tutela jurisdiccional, dentro de lo cual constituye una parte importante la regulación correspondiente a las medidas cautelares.

Las medidas cautelares son admitidas con amplitud en la nueva ley del proceso contencioso-administrativo, pueden solicitarse antes de iniciado o dentro del proceso de conformidad con las normas del Código Procesal Civil (Artículo 35°). Se establece que son especialmente procedentes las medidas de innovar y de no innovar (Artículo 37°).

Aparte de los requisitos típicos que se requiere para su otorgamiento (peligro en la demora y verosimilitud del derecho) se exige adicionalmente que exista adecuación entre la medida cautelar solicitada con la pretensión que esta llamada a asegurar (Artículo 36°). Con ello se pretende que los jueces realicen una revisión de la pertinencia de la medida cautelar solicitada, con relación a la finalidad práctica que se quiere lograr en el proceso. En tal sentido, somos de la opinión, que si el Juez no considera que la medida cautelar específicamente solicitada sirve para garantizar la eficacia de la pretensión, puede ordenar se trabe otra medida cautelar, siempre que ésta se adecue a la finalidad práctica que se quería lograr con la solicitada.

Asimismo, conviene destacar que la Ley N° 27584 no ha establecido la necesidad de otorgar la correspondiente contracautela como requisito para solicitar la medida cautelar.

La única restricción está contemplada en el artículo 616° del Código Procesal Civil que prohíbe el otorgamiento de medidas cautelares para futura ejecución forzada en contra de entidades estatales[108], por lo que no cabe en vía de medida cautelar solicitar el pago de sumas de dinero contra la administración pública porque el legislador del Código adjetivo parte de la premisa que "el Estado es siempre solvente". Esta regla, sin embargo; no restringe las posibilidades de ejecución de las sentencias en contra del Estado.

La ley del proceso contencioso administrativo fortalece las potestades de los jueces para velar porque los funcionarios de la Administración Pública cumplan las sentencias recaídas en los procesos contencioso administrativos (arts.40° y 41°). Sin embargo, en cuanto a la ejecución de sentencias que condenen al Estado a pagar sumas de dinero, mediante la ley N° 27684 se ha sustituido el texto del artículo 42° de la ley del proceso contencioso administrativo introduciendo reglas que relajan el cumplimiento o ejecución de las citadas sentencias por parte de la Administración Pública, mediante el establecimiento de topes presupuestales, de plazos dilatados para cumplir y estableciendo otras normas que como lo ha señalado el Tribunal Constitucional hasta en tres sentencias son incompatibles con los derechos a la tutela judicial efectiva y a la igualdad.

[108] *CPC, artículo 616°.- Casos especiales de improcedencia.- No proceden medidas cautelares para futura ejecución forzada contra los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades.*

Tampoco proceden contra bienes de particulares asignados a servicios públicos indispensables que presten los Gobiernos referidos en el párrafo anterior, cuando con su ejecución afecten su normal desenvolvimiento.

Como se puede apreciar, ha sido una lamentable constante en el Perú los últimos años el establecimiento de graves restricciones a la posibilidad de ejecutar sentencias que establezcan obligaciones pecuniarias contra el Estado, no obstante las citadas sentencias del Tribunal Constitucional e incluso reiterados informes de la Defensoría del Pueblo sobre la materia. Se tiene entendido que felizmente en algunos casos los jueces invocando el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución[109] que les permite ejercer el control difuso de inconstitucionalidad han procedido a ejecutar directamente sus sentencias, inaplicando al caso concreto las normas que pretenden restringir sus poderes, por considerarlas contrarias a los derechos de los justiciables consagrados en la Constitución.

De otro lado, el numeral 41.1 de la Ley N° 27584 establece que el personal al servicio de la Administración Pública, cualquiera fuera el régimen de su vinculación con la misma, se encuentra sujeto a la obligación de cumplir la sentencia emitida en el proceso, actuando como parte sometida plenamente al control del Poder Judicial; en virtud de lo cual se indica que el mismo se encuentra prohibido de calificar el contenido de la sentencia o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, quedando obligados a realizar todos los actos necesarios para la completa ejecución de la resolución judicial. Conviene precisar, que en el cumplimiento del deber de ejecutar las sentencias estimatorias recaídas en los procesos contencioso-administrativos, el personal al servicio de la Administración no actúa en ejercicio de potestades administrativas, sino como parte vencida en juicio, en igualdad de condiciones respecto del demandante y sometida a la potestad jurisdiccional de dictar sentencia e imponer su contenido.

2. Los procesos constitucionales.

A fin de completar la descripción de los mecanismos de control jurisdiccional de la actuación de la administración pública en el Perú conviene tener presente que la Constitución de 1993 vigente aparte de consagrar el proceso contencioso administrativo, consagra también el proceso constitucional de amparo para la protección de los derechos constitucionales distintos a la libertad individual, tutelados estos últimos más bien por el proceso constitucional de habeas corpus, y ha recogido asimismo el proceso constitucional de acción popular para el control judicial de la legalidad de las disposiciones reglamentarias, y consagrado otros dos procesos constitucionales destinados principalmente al control jurídico de la administración pública: es el caso del proceso de "habeas data" mediante el cual los ciudadanos pueden impugnar ante el juez la negativa de la administración pública a sus solicitudes de acceso a la información que obra en su poder o para la protección de los datos personales respecto de los servicios informáticos, públicos o privados y es también el caso del proceso denominado "acción de cumplimiento" mediante el cual los ciudadanos pueden acudir ante el juez para solicitarle requiera a cualquier autoridad o funcionario de la administración pública renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo para que cumpla con sus obligaciones.

Formular una descripción exhaustiva del régimen de los procesos constitucionales existentes en el Perú con toda seguridad rebasaría la extensión razonable de este trabajo, por dicha razón centraré esta parte en los aspectos que inciden en mayor medida en la efectividad del control de

[109] *Constitución, artículo 138°, segundo párrafo.- En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre todo otra norma de rango inferior.*

la actividad de la administración pública desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales, principalmente en aquellos temas que puedan servir de punto de comparación con el régimen del proceso contencioso administrativo.

La Constitución de 1993 establece en su artículo 200° los siguientes procesos constitucionales para la protección de los derechos constitucionales y la depuración del sistema jurídico:

1) El Habeas Corpus para la protección de la libertad personal y de los derechos conexos a este último;

2) El Habeas Data para la protección del derecho de acceso a la información que obra en poder de la administración pública y del derecho a la autodeterminación respecto de datos vinculados a la intimidad personal y familiar;

3) El Amparo para la protección de los demás derechos constitucionales no tutelados por el Habeas Corpus ni por el Habeas Data,

4) La denominada Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley;

5) La Acción de Inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional para el control de la constitucionalidad de las normas con rango de ley;

6) La denominada Acción Popular que se interpone ante el Poder Judicial para el control de la constitucionalidad y/o legalidad de los reglamentos y de todo dispositivo legal subordinado a la ley; y

7) El conflicto de competencias y atribuciones que se tramita ante el Tribunal Constitucional para resolver las controversias constitucionales entre poderes y organismos constitucionales previstos por la Constitución.

De los 7 procesos constitucionales mencionados encontramos que los 4 primeros: el habeas corpus, el amparo, el habeas data y la denominada acción de cumplimiento pueden plantearse contra actos de autoridades públicas o de particulares que se estimen violatorios de derechos constitucionales, mientras que las tres restantes: la acción de inconstitucionalidad contra leyes y normas que participen de ese rango, la acción popular contra reglamentos y el conflicto de competencias y atribuciones constitucionales, tienen por objeto el control de la conformidad constitucional o legal de las normas jurídicas de carácter general y la solución de controversias constitucionales competenciales.

Los procesos que sirven para la tutela de los derechos constitucionales pueden ser formulados por cualquier persona que se considere afectada en sus derechos por actuaciones u omisiones de entidades administrativas, funcionarios públicos o incluso por particulares. Señala el artículo 1° del Código Procesal Constitucional[110] que regula los mencionados procesos que su finalidad es "proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o un acto administrativo".

En lo que respecta a las reglas de competencia, tratándose de Lima y de la Provincia Constitucional del Callao el respectivo proceso de inicia ante los denominados jueces especializados en

[110] Aprobado mediante Ley N° 28237 vigente a partir del 1° de diciembre del 2004, elaborado en base a un proyecto preparado por un grupo de trabajo conformado por seis profesores de Derecho Constitucional, Procesal, Administrativo y penal en el que tuvimos el honor de participar. AAVV. "Código Procesal Constitucional. Comentarios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico. Lima. Palestra Editores, 2004.

derecho público, en los demás distritos judiciales como está organizado en Poder Judicial en el Perú son competentes para conocer los procesos de habeas corpus los jueces especializados en la materia penal, mientras que respecto de los demás procesos constitucionales (amparo, habeas data y acción de cumplimiento) la competencia corresponde a los jueces civiles. En segunda instancia en Lima y Callao es competente para conocer en vía de apelación la sala superior de derecho público, mientras que en los distritos judiciales de provincias la competencia corresponde a las respectivas salas especializadas en lo civil. En caso que el fallo de segunda instancia resulte favorable al demandante el proceso concluye y no cabe formular otro recurso para impugnar la sentencia. Conforme a la Constitución de 1993 sólo en caso que el Poder Judicial resuelva desfavorablemente las demandas de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento cabe que el demandante formule recurso de agravio constitucional para que su pretensión sea resuelto en última instancia por el Tribunal Constitucional quien falla sobre el fondo del asunto. Como se puede apreciar la Corte Suprema no conoce del trámite de los procesos constitucionales citados, salvo en los casos que la violación de un derecho constitucional se origine en una orden judicial, porque en esta última hipótesis el proceso se inicia ante la Corte Superior y la Corte Suprema conoce en vías de apelación. Otro aspecto importante a destacar es que al Tribunal Constitucional peruano sólo pueden acceder los demandantes de los procesos constitucionales que no han encontrado acogida a sus pretensiones de tutela constitucional ante el Poder Judicial y nunca los demandados como sería el caso de las entidades administrativas y los funcionarios o servidores públicos.

Como se ha señalado anteriormente, los procesos constitucionales que estamos comentando tutelan diferentes derechos constitucionales. El habeas corpus conforme a su origen histórico sirve exclusivamente para la protección de la libertad personal o de los derechos conexos a ella, los que por regla general sólo pueden ser restringidos por mandato judicial y no por actuaciones administrativas.

En cambio el habeas data protege sólo dos derechos constitucionales los cuales tienen incidencia en el ámbito administrativo. Es el caso del derecho reconocido por el numeral 5) del artículo 2° de la Constitución que tiene toda persona "a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido", exceptuándose sólo las informaciones que afecten la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional, además de la información comprendida en el secreto bancario y la reserva tributaria. Por tanto, cualquier persona que considere no atendida por la administración pública su solicitud de acceso a la información que obra en su poder, está constitucionalmente facultado para formular demanda de habeas data a fin de que los jueces ordenen a los funcionarios administrativos obrar conforme al principio de transparencia. Así ha sucedido en casos que adquirieron publicidad iniciados por organizaciones dedicadas a la protección del medio ambiente que exigieron y obtuvieron sentencias favorables que ordenaba a los ministros del sector competente entregar los estudios de impacto ambientes y otros documentos relevantes para la protección del medio ambiente. El segundo derecho susceptible de ser tutelado por el habeas data es el denominado por la doctrina constitucional "derecho a la autodeterminación informativa" o a la "libertad informática" que para garantizar la intimidad personal y familiar permite que toda persona tenga la potestad de conocer y acceder a las informaciones que le conciernen archivadas en bancos de datos públicos o privados, exigir la corrección o cancelación de datos inexactos o indebidamente procesados y disponer sobre su transmisión.

El proceso de cumplimiento[111] otorga a los particulares la garantía jurisdiccional de poder reaccionar contra la abstención administrativa ya sea que ésta se manifieste en inactividad formal, es decir, por la omisión en la producción de un acto administrativo individual o de una disposición reglamentaria de carácter general, o por la inactividad material, consistente en la simple inejecución de un acto debido. En un anterior trabajo[112] he sostenido que la denominada "acción de cumplimiento" no configura propiamente un proceso constitucional porque no está destinada a tutelar ningún derecho constitucional en especial. En el citado trabajo opiné que "se trata en verdad de un mecanismo procesal referido esencialmente al control jurisdiccional (objetivo) de la administración, que en lugar de estar consignado en el capítulo de las garantías destinadas a la protección de los derechos constitucionales, bien pudo ser considerado como una modalidad especial de la acción contenciosa-administrativa"[113]. Es importante resaltar que la incorporación de la acción de cumplimiento en la Constitución tiene por efecto otorgar protección, a través de un mecanismo expeditivo y que puede llegar en última instancia al Tribunal Constitucional, a una serie de derechos de origen legal que de ordinario no encontrarían tutela a través de un proceso constitucional que sólo tutela derechos fundamentales. A diferencia del proceso de amparo que procede incluso contra conductas omisivas de autoridades o funcionarios pero siempre que vulneren exclusivamente derechos constitucionales, la acción de cumplimiento otorga cobertura a derechos de origen legal concediendo a los particulares la posibilidad de obtener un pronunciamiento judicial que obligue a los órganos de la administración pública hacerlos efectivos.

El proceso de amparo[114] tutela todos los demás derechos constitucionales no protegidos por el habeas corpus ni por el habeas data. Como se puede apreciar, su ámbito de protección es considerablemente mayor que los demás procesos constitucionales. Por esa razón es que la jurisprudencia publicada en el Diario Oficial permite comprobar que es el proceso constitucional más utilizado por quienes se consideran vulnerados en sus derechos fundamentales. Al igual que para los demás procesos constitucionales comentados, el nuevo Código Procesal Constitucional establece un trámite de carácter sumario para el proceso de amparo aunque la realidad precedente lo desmiente. La jurisprudencia unánimemente ha entendido que se trata de un proceso de carácter urgente o subsidiario a los procesos ordinarios previstos por el ordenamiento jurídico como es el caso del contencioso-administrativo, por tanto; no debe operar como una "sanalotodo", que reemplace a otros procesos que permiten obtener un nivel similar de satisfacción a las pretensiones de quienes se sientan afectados en sus derechos constitucionales. Un criterio frecuentemente utilizado por los jueces para determinar la procedencia de una demanda de amparo es evaluar la necesidad o no de actuaciones probatorias complejas, porque de ser ese el caso resuelven declarando improcedente la demanda por no constituir el amparo la vía idónea para actuar pruebas con la amplitud requerida normalmente. El artículo 5° del Código Procesal Constitucional

[111] *Constitución, artículo 200°.- Son garantías constitucionales:6) La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, son perjuicio de las responsabilidades de ley.*

[112] "El amparo por omisión y la acción de cumplimiento en la Constitución peruana de 1993". Publicado en Lecturas Constitucionales Andinas N° 3, Comisión Andina de Juristas, Lima 1994. Pág. 206.

[113] Como en efecto posteriormente ha sido contemplado por la vigente Ley N° 27584 reguladora del proceso contencioso administrativo que entre las actuaciones impugnables señaladas por el numeral 2) de su artículo 4° considera a "..la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública".

[114] Sobre el tema: Samuel Abad Y. El proceso constitucional de amparo. Gaceta Jurídica editores. Lima 2004.

señala de manera expresa que los jueces deben declarar la improcedencia de las demandas cuando comprueben que "*existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de habeas corpus*".

Conforme al Código Procesal Constitucional los presupuestos procesales del amparo son también exigibles para la procedencia del habeas data y del proceso de cumplimiento. Voy a analizar puntualmente algunos de ellos, principalmente los que puedan servir de comparación con el nuevo régimen del proceso contencioso-administrativo vigente a partir de la Ley Nº 27584.

Se contempla un plazo de 60 días a contar desde la fecha en que se produce la presunta afectación del derecho constitucional alegado, plazo que computado en días hábiles equivale prácticamente a tres meses. Se trata de un plazo semejante al que establece la nueva ley del proceso contencioso-administrativo. Las normas reguladoras del proceso de amparo[115] establecen que en caso los actos que constituyen la afectación tengan carácter continuado, el plazo para interponer la demanda se computa desde la fecha en que se realizó por última vez la agresión.

En este tema es importante comentar el recurrente error en que había incurrido paradójicamente el Tribunal Constitucional peruano en los últimos años, al evaluar el cumplimiento del plazo para interponer la demanda en los casos en que la administración pública había omitido resolver dentro de los plazos que regulan los procedimientos administrativos los recursos formulados por los particulares con el objeto de agotar la vía administrativa. Aduciendo el carácter sumario y urgente del proceso de amparo el Tribunal Constitucional peruano había interpretado que el cómputo del plazo de 60 días hábiles para interponer la correspondiente demanda de amparo debía comenzar inexorablemente al día siguiente del vencimiento del plazo establecido legalmente para que la administración pública resuelva. Como es fácil apreciar mediante dicho criterio el Tribunal Constitucional desnaturalizó el carácter de técnica de protección o garantía del silencio administrativo negativo creada para que el particular no sea perjudicado por la omisión de la administración. A partir de la entrada en vigencia el 11 de octubre de 2001 de la nueva Ley Nº 27444 que regula el Procedimiento Administrativo General el Tribunal Constitucional ha enmendado su errada jurisprudencia porque de conformidad con el artículo 188.5[116] de dicho cuerpo legal el silencio administrativo negativo no

[115] *Código Procesal Constitucional, Art. 44º.- Plazo para la interposición de la demanda.*

El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento.

Tratándose del proceso de amparo iniciado contra resolución judicial, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Dicho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido.

Para el cómputo del plazo se observarán las siguientes reglas:

1) El plazo se computa desde el momento en que se produce la afectación, aun cuando la orden respectiva haya sido dictada con anterioridad.

2) Si la afectación y la orden que la ampara son ejecutadas simultáneamente, el cómputo del plazo se inicia en dicho momento.

3) Si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución.

4) La amenaza de ejecución de un acto lesivo no da inicio al cómputo del plazo. Sólo si la afectación se produce se deberá empezar a contar el plazo.

5) Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista.

6) El plazo comenzará a contarse una vez agotada la vía previa, cuando ella proceda.

determina el inicio de cómputo de ningún tipo de plazos, porque se trata de un simple hecho (la no actuación de la administración) al que la ley faculta al particular asignarle voluntariamente efectos o de lo contrario esperar el pronunciamiento expreso de la administración[117].

Conforme hemos comentado anteriormente en el ordenamiento administrativo peruano proviene de la propia Constitución la regla que exige el preceptivo agotamiento de la vía previa administrativa como requisito para que los particulares puedan iniciar procesos contenciosos-administrativos. Sin embargo, dicho requisito ha sido flexibilidado en el régimen legal de los procesos constitucionales para la tutela de derechos fundamentales, porque se contemplan importantes excepciones a dicha exigencia en atención a la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional peruano[118]. Por tanto, en nuestra experiencia jurisprudencial es muy frecuente que los particulares puedan presentar demandas de amparo invocando que le sea de aplicación alguna de las causales de exoneración del agotamiento de la vía administrativa expresamente previstas por la ley, lo que facilita su acceso directo a la justicia, a diferencia de lo que sucede con el contencioso administrativo para cuya procedencia es indispensable acreditar el cumplimiento del mencionado requisito.

Respecto de las medidas cautelares a favor del demandante el nuevo Código Procesal Constitucional ha restablecido su plena operatividad de las citadas medidas en los procesos constitucionales de tutela de derechos constitucionales corrigiendo la situación precedente en la que paradójicamente las posibilidades de obtención de medidas cautelares a favor del demandante estaban notablemente restringidas, en comparación con los procesos contencioso - administrativos en los cuales el demandante sí está facultado para solicitar el otorgamiento de la medida cautelar que considere más idónea para garantizar la eficacia de la futura sentencia.

El por qué de la existencia de un tratamiento tan disímil entre los procesos administrativo y constitucional se intentó justificar en un primer momento en que durante los primeros años de existencia del proceso de amparo en el Perú se llegó a un nivel de abuso judicial en el otorgamiento en extremo generoso de medidas cautelares que muchas veces eran requeridas con el sólo propósito de entorpecer la ejecución de sentencias judiciales o retardar la entrada en vigencia de leyes, en lugar de perseguir lo que constituye su verdadero objeto que es asegurar la protección antelada de un derecho constitucional.

En virtud de una norma dictada desde hace más de diez años que ha regido hasta la reciente entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Constitucional, se establecieron requisitos para el otorgamiento de medidas cautelares en procesos de amparo que enfatizaban los aspectos procedimentales formales: el juez debía correr traslado de la solicitud a la parte demandada y al

[116] *artículo 188°.- Efectos del silencio administrativo.- 188.5 El silencio administrativo no inicia el cómputo de plazos ni términos para su impugnación.*

[117] He comentado los errores en la conceptualización del silencio administrativo negativo por parte de la jurisprudencia en el Perú en el trabajo: "El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la administración", publicado en Ius Et Veritas N° 13. Revista de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1996. Pgs 225 y ss.

[118] *Código Procesal Constitucional, Art. 45°.- Agotamiento de las vías previas.- El amparo Sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo. artículo 46°.- Excepciones al agotamiento de las vías previas.- No será exigible el agotamiento de las vías previas si: 1) Una resolución que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida; 2) Por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable; 3) La vía previa no se encuentra regulada, o si ha sido iniciada, innecesariamente por el afectado, o; 4)No se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución".*

Ministerio Público antes de resolver, en la hipótesis que otorgaba la medida solicitada la apelación que formule la parte demandada suspendía la ejecución de la medida hasta que fuera confirmada o rechazada por la instancia judicial superior y, finalmente, la ley disponía que la medida de suspensión ordenada no debe implicar la ejecución de lo que es materia del fondo de la demanda de amparo, por lo cual como se puede apreciar la eficacia e inmediatez característica del proceso constitucional de amparo estuvo durante varios años lamentablemente neutralizada, lo que no satisfacía los requerimientos propios de la tutela judicial efectiva.

Hoy en día el nuevo Código Procesal Constitucional ha mejorado notablemente las condiciones de otorgamiento de las medidas cautelares en los procesos constitucionales para la tutela de los derechos fundamentales: (i) Para su expedición el juez debe apreciar la existencia de apariencia de buen derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado para garantizar la eficacia de la pretensión, no se exige contracautela; (ii) el juez no requiere correr traslado de la solicitud a la parte demandada lo que en la práctica precedente dilataba el trámite; (iii) la apelación de la medida cautelar otorgada no suspende la ejecución o el deber de cumplimiento inmediato de la medida, de esta manera se corrige otro de los graves defectos de la regulación anterior y (iv) se establece que el juez al conceder la medida cautelar debe atender al límite de irreversibilidad de la misma.

El problema se ha generado sin embargo con la segunda parte del artículo 15° del citado Código cuyo texto no figuraba en el proyecto original y que ha sido incorporado durante el debate en el Congreso con el objetivo de defender una mal entendida autonomía de los gobiernos regionales y municipales, conforme al cual se genera un régimen de excepción para el otorgamiento de las medidas cautelares respecto de actos administrativos dictados por las Regiones y las Municipalidades que en la práctica implica la neutralización de las medidas cautelares en los procesos constitucionales porque dispone que los referidos casos la solicitud debe ser planteada no ante un juez, como sucede ordinariamente, sino ante la Sala competente de la Corte Superior, la que debe correr traslado a la otra parte y requerir la opinión del Ministerio Público, trámites estos últimos que existían en el régimen legal anterior y que el nuevo Código Procesal Constitucional los suprime para todos los demás casos por las graves consecuencias dilatorias que generan, pero lo más grave es que reintroduce la figura de la apelación con efectos suspensivos lo que tiene como consecuencia que en la hipótesis que la sala competente de la Corte Superior acceda al otorgamiento de medida cautelar la sola interposición de la apelación por parte de la Región o Municipalidad demandada genera la suspensión de la ejecutividad de la cautelar otorgada hasta que la Sala competente de la Corte Suprema la confirme, lo cual en la práctica significa que todo el trámite puede demorar varios meses. Como se puede apreciar respecto de actuaciones violatorias de los derechos constitucionales por parte de las Regiones y Municipalidades lamentablemente la regulación de las medidas cautelares que se pueden dictar en procesos constitucionales ha involucionado generando grave peligro de indefensión a los posibles afectados.

Respecto de las pruebas a diferencia del proceso contencioso-administrativo en los procesos constitucionales para la protección de derechos fundamentales casi no hay actividad probatoria. El Código Procesal Constitucional establece que no existe etapa de pruebas en los procesos constitucionales como el amparo[119], lo que no impide la presentación de pruebas de carácter

[119] *Art. 9°. Ausencia de etapa probatoria*

En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa.

instrumental o la realización de las diligencias que el juez de la causa considere necesarias sin dilatar los términos, no requiriéndose notificar previamente a las partes sobre la realización de las diligencias. La reducida actividad probatoria se explica en razón del carácter extraordinario del proceso de amparo que la jurisprudencia ha establecido que sólo debe proceder en caso no existan otras vías procesales igualmente idóneas para que los particulares puedan tutelar sus derechos.

Las sentencias recaídas en los procesos de amparo participan del mismo carácter de las denominadas por un sector de la doctrina administrativa como "sentencias de plena jurisdicción" porque los jueces están facultados para reconocer una situación jurídica individualizada y disponer la adopción de medidas para el pleno restablecimiento de dicha situación, de modo que pueden imponerle a la administración vencida la realización de todo tipo de prestaciones, cuando sea necesario para restablecer el actor en el goce de sus derechos constitucionales vulnerados. Como se ha comentado anteriormente el carácter pleno de la tutela susceptible de ser alcanzada por los justiciables vía los procesos constitucionales, en mi opinión, abona a favor de la obligatoria caracterización del proceso contencioso-administrativo en el Perú como uno que no puede tener un rol inferior al del proceso del amparo. La diferencia principal entre ambos procesos reside en el ámbito de protección comprendido en su radio de acción, porque mientras que vía el amparo se tutelan exclusivamente derechos de rango constitucional, no protegidos por los demás procesos constitucionales, en el contencioso administrativo encuentran acogida pretensiones de tutela de derechos o intereses creados por normas legales.

El Código Procesal Constitucional establece que las sentencias recaídas en los procesos constitucionales para la tutela de derechos fundamentales tendrán carácter de jurisprudencia vinculante cuando de ellas se pueda desprender principios de interés general, lo que no impide que en nuevos casos los jueces puedan apartarse de dicho precedente siempre que sustenten debidamente la nueva resolución.

Otra diferencia importante con el proceso contencioso-administrativo reside en que las normas sobre los procesos constitucionales disponen la obligatoria publicación de la jurisprudencia en el Diario Oficial El Peruano lo que permite a los distintos operadores del derecho (otros magistrados, académicos, abogados, etc.) conocer el tenor de los fallos a fin de enterarse de los razonamientos seguidos por los jueces y las posibles tendencias jurisprudenciales sobre determinadas materias. Lamentablemente, la lectura atenta de los citados fallos evidencia las carencias de preparación sobre la disciplina administrativa de los jueces de todo nivel. Incluso en una época ya superada felizmente desde hace cerca de cuatro años el Tribunal Constitucional peruano paradójicamente aparecía como es mas esforzado en demostrar su ausencia de rigor en numerosas oportunidades que ha tenido que resolver controversias que involucran instituciones administrativas de profunda raigambre en la disciplina.

Como colofón a esta parte del trabajo que hemos dedicado a analizar los procesos constitucionales destinados a tutelar derechos fundamentales en los aspectos que guardan conexión con el proceso contencioso administrativo, a fin de obtener una visión más ajustada del rol y de los alcances de este último proceso, es necesario recordar que en el diseño del modelo de justicia constitucional consagrado por la Constitución peruana de 1993 existe un proceso constitucional denominado acción popular que tiene por objetivo específico el control de la constitucionalidad y/o legalidad de los reglamentos y toda otra norma de carácter general subordinada a la ley, que se tramita ante el Poder Judicial y que la sentencia que se expide en dicho proceso tiene efectos

generales[120]. Pongo énfasis en esta materia porque en el derecho comparado normalmente la competencia para controlar la legalidad de los reglamentos es parte del ámbito característico del proceso contencioso-administrativo, lo que no sucede en el Perú que confiere dicha atribución a un proceso constitucional específico como es la acción popular.

Sin embargo, considero que no estaría proporcionando una visión panorámica completa de los mecanismos de resolución de controversias entre la administración y los particulares si es que no doy cuenta brevemente de la evolución experimentada en los últimos años por la legislación administrativa peruana en la solución de controversias por la vía arbitral en el ámbito de la contratación pública

3. Vía Arbitral.

Hoy en día en el Perú todas las controversias que se generen con motivo de la ejecución de los contratos de adquisición de bienes o servicios, o de los contratos de obra pública, por expreso mandato legal se deben resolver a través de procesos arbitrales, conforme lo ordena la Ley N° 26850 de contrataciones y adquisiciones del Estado dictada en 1997 pero vigente a partir de octubre de 1998. Hasta antes de la citada norma cuando se generaba algún conflicto entre el Estado y un contratista con motivo de la realización de una obra pública el afectado podía impugnar la decisión del Estado ante un tribunal administrativo denominado "Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas"- CONSULCOP, cuya resolución a su vez podía ser cuestionada ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo por cualquiera de las partes. Un diseño similar, aunque con matices, existía también en el ámbito de los contratos de adquisición de bienes y servicios.

Como se puede apreciar, es evidente que el legislador peruano no ha querido que la solución de controversias contractuales entre el Estado y sus contratistas se resuelvan ante el Poder Judicial seguramente por desconfianza en la celeridad de la administración de justicia y de la especialización de los magistrados.

Similar sucede con los contratos de concesión de servicios públicos o de obras públicas que el Estado peruano ha suscrito en los últimos años, en los que el común denominador ha sido incorporar cláusulas que consagran la vía arbitral para resolver las controversias que se generen durante la ejecución de tales contratos. Más aún en la mayor parte de los contratos de concesión que he tenido oportunidad de revisar se establece que en consonancia con diversos tratados internacionales multilaterales para la protección de inversiones las controversias de mayor magnitud deberán ser resueltas por un tribunal arbitral con sede en el extranjero y constituido conforme a las reglas de un determinado centro de arbitraje internacional.

La difusión del arbitraje en materia administrativa en el Perú ha llegado incluso a un ámbito que normalmente sería incompatible con su naturaleza como lo es el proceso de expropiación. Conforme a la nueva Ley General de Expropiación vigente a partir de 1998 el sujeto pasivo de una expropiación que no se oponga a la misma pero que no esté de acuerdo con determinados aspectos puede voluntariamente solicitar que se realice un arbitraje que tendrá exclusivamente

[120] Dicho proceso lo he analizado en: "La garantía constitucional de la acción popular". Publicado en Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 4. Comisión Andina de Juristas. Lima 1990. Pág. 153 y ss.

como objetivo determinar el valor del justiprecio que el Estado debe pagarle por su propiedad o que se determine la obligación del Estado de expropiarle la totalidad del predio si es que la parte remanente no tendría utilidad económica para él.

Los ejemplos reseñados que evidencian la extensión alcanzada por el arbitraje en el ámbito de la administración pública peruana han sido expresamente ratificados por el artículo 2° de la Ley N° 26752 denominada ley general de arbitraje con el siguiente tenor:

LGA, artículo 2° Arbitraje del Estado.- Pueden ser sometidas a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que el Estado Peruano y las personas de derecho público celebren con nacionales o extranjeros domiciliados, así como las que se refieren a sus bienes...

En conclusión, podemos constatar que existe una marcada tendencia legislativa que en los últimos años ha potenciado la presencia del arbitraje administrativo en varios ámbitos de la actuación Estatal, principalmente contractual. Sin embargo, la todavía escasa experiencia en la materia y la ausencia de doctrina que respalde la operatividad del arbitraje sobre aspectos administrativos, constituyen factores que perjudican el entendimiento sobre el tema.

4. Los Tribunales Administrativos.

En el Perú la denominación tribunal administrativo alude a un órgano que forma parte de la administración pública, creado por ley, constituido por un cuerpo colegiado de funcionarios especializados a quienes se les otorga competencia para resolver controversias, la mayor parte de las veces entre la administración y los particulares, pero también de estos entre sí, en última instancia administrativa[121]. Se trata de una manifestación de los denominados autocontroles de la administración pública[122]. Por tanto las resoluciones que expiden dichos tribunales pueden ser objeto de cuestionamiento ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo.

Estos tribunales administrativos han incrementado su numero en los últimos años de modo que hoy día en el Perú son más o menos una docena resolviendo controversias administrativas de los temas más variados: tributario, registral, minero, protección administrativa de la libre competencia en el mercado, controversias entre empresas concesionarias y usuarios de servicios públicos, controversias entre bancos y compañía de seguros y sus clientes, etc. Lo importante es que la experiencia demuestra que la existencia de tribunales administrativos desalienta la litigiosidad en contra de sus decisiones.

Estadísticas –que no es el caso citar– demuestran que los procesos contencioso- administrativos iniciados contra resoluciones dictadas por tribunales administrativos son sustancialmente inferiores que el numero de demandas que se interponen contra los actos administrativos emiti-

[121] He reflexionado sobre el régimen del Tribunal Fiscal peruano como tribunal administrativo en: "El proceso contencioso administrativo en materia tributaria". En: Themis revista de derecho. N° 41. Lima 2000, pg. 73 y ss.

[122] Para Fernando De La Rua Jurisdicción y Administración. Relaciones, límites y controles. Recursos judiciales. Lerner Editores. Buenos Aires 1979. P. 134 y 137, los tribunales administrativos constituyen "órganos administrativos de aplicación", los caracteriza como "...cuerpos administrativos que no ejercen un control de la administración sino en la administración: cumplen una actividad funcional interna. Ellos emiten la voluntad del poder administrador la cual, si el interesado no recurre a la justicia dentro de cierto tiempo, deviene firme, con el alcance de la cosa juzgada administrativa..." (el énfasis es mío).

dos por las demás entidades de la administración pública. Por tanto, se puede afirmar sin temor a equivocarse que los tribunales administrativos actualmente existentes en el sistema peruano evitan la congestión de asuntos administrativos ante el Poder Judicial.

Un aspecto que puede ser importante tener presente es que se da con frecuencia la situación que los tribunales administrativos deban resolver controversias entre dos particulares, principalmente en aquellos ámbitos en los que hay intervención administrativa en la regulación y/o control de determinadas actividades económicas, como sucede respecto de los servicios públicos domiciliarios de contenido económico (telecomunicaciones, electricidad, saneamiento), las controversias sobre protección de la libre competencia en el mercado, etc. Se trata de los procedimientos que la nueva Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General peruana ha caracterizado como "procedimientos triangulares", que son aquellos mediante los cuales la administración pública resuelve por mandato legal controversias entre dos o más particulares, sin perjuicio de que los descontentos puedan impugnar la resolución que se emita ante el Poder Judicial por vía contenciosa administrativa. Por tanto, puede suceder que cualquiera de los particulares que tiene la condición de parte no esté de acuerdo con la resolución dictada por el tribunal administrativo respectivo y que interponga una demanda contenciosa-administrativa para la tutela de sus pretensiones. En tales casos podemos observar se estarían ventilando en el proceso contencioso-administrativo controversias entre dos particulares que de no existir una vía administrativa previa obligatoria hubieran resuelto sus controversias mediante un proceso probablemente civil.

IX. OTRAS TÉCNICAS DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN.

Además del control jurisdiccional de las actuaciones administrativas a través de los procesos contencioso administrativos y constitucionales la Constitución ha previsto el control parlamentario y el control a través de organismos constitucionales especializados como la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República que paso a describir a grandes rasgos:

1. El Control parlamentario.

Por todos es conocido que hoy en día la doctrina constitucional reconoce que la principal función de los parlamentos actuales no es la de legislar sino la de efectuar el control principalmente político de la administración pública.

Conforme a la Constitución el Congreso y los parlamentarios cuentan con un conjunto de instrumentos de carácter multifuncional que permiten efectuar el control de la administración. Tal es el caso de: a) las comisiones de investigación que pueden acceder a cualquier información, levantar el secreto bancario y la reserva tributaria e incluso disponer la comparescencia obligada de personas bajo los mismos apremios que se observan en los procesos judiciales; b) Los pedidos de información escrita que cualquier parlamentario puede dirigir a cualquier entidad de la administración pública; c) La interpelación a los ministros y los pedidos de censura; d) la estación de preguntas; etc.

Es importante traer a colación que el derecho constitucional reconoce que la labor de control no se realiza por el Parlamento como un todo con respecto del Poder Ejecutivo, porque mas bien

corresponde a las minorías parlamentarias o a la oposición el rol protagónico del control del Ejecutivo. Por tanto la doctrina esta de acuerdo en que hoy la dinámica del control Parlamentario es como la de un gran teatro en el que los actores principales son el Gobierno y la oposición que debaten en orden a que el público, que es el electorado premie o catigue a alguno de los protagonistas en la siguiente elección.

2. La Defensoría del Pueblo.

Es una entidad de rango constitucional que no forma parte de ninguno de los tres poderes clásicos del Estado. Su titular es elegido por un período de 5 años por el Congreso de la República para lo cual se requiere el voto conforme de 2/3 partes de sus miembros. Tiene atribuido por la Constitución la defensa de los derechos constitucionales de la persona y de la comunidad y la supervisión del cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. Hasta la fecha ha cumplido un rol de primer nivel en orden a procurar la transparencia en la gestión pública y a tratar de corregir disfunciones en el comportamiento de los funcionarios públicos. Esta legalmente facultada para solicitar y acceder a cualquier información que obra en poder de la Administración Pública y a proponer medidas que no se restringen al mero marco legal sino que puede tener en cuenta la conveniencia o no para la sociedad.

3. La Contraloría General de la República.

Es un organismo de rango constitucional que no forma parte de ninguno de los poderes clásicos del Estado, por lo que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Su titular es designado por 7 años a propuesta del Poder Ejecutivo y debe ser ratificado por el Congreso. Dirige el denominado sistema nacional de control con presencia en todas las entidades de la Administración Pública del Perú, en cualquiera de sus niveles, supervisa la legalidad de la ejecución del presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.

A diferencia de otras entidades similares latinoamericanas la Contraloría General peruana sólo ejerce un control posterior de la gestión pública. Tiene asignado cumplir un rol importante con relación a la cautela de la transparencia y la probidad administrativas en el manejo de bienes y recursos públicos, así como en el ejercicio de las funciones de los servidores y funcionarios públicos. La Contraloría con el objeto de promover la lucha contra la corrupción en el Perú ha elaborado diagnósticos sobre la problemática de la corrupción administrativa y formulado propuestas para promover y fortalecer la probidad administrativa de la gestión pública.

X. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

El régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por acción de sus agentes ha sido por primera vez regulado en el ordenamiento jurídico-administrativo peruano en

el último Titulo de la Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General mediante el cual se consagra el principio de garantía patrimonial de los particulares frente a los daños sufridos por el obrar de la Administración Pública. La citada ley establece reglas innovadoras en el ordenamiento administrativo peruano en lo relativo a la responsabilidad por los daños causados por la Administración y sus funcionarios o agentes, que se apartan de las normas del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual que hasta antes de la citada Ley venían rigiendo en ausencia de normas administrativas especiales.

A diferencia del Derecho Español en que la regulación de la responsabilidad de la Administración ha sido incluida en la Ley 30/92 del Régimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo común a fin de garantizar un régimen "común" de la materia aplicable en todo el territorio nacional, en el derecho peruano el tema ha sido abordado por la citada Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General con el objeto de garantizar el cumplimiento por parte de la Administración de sus cometidos y en especial de la correcta aplicación de los preceptos de la citada ley o de cualquier otra norma administrativa porque se asegura que la Administración y sus agentes responderán por todos los daños antijurídicos que los particulares sufran a resultas de las acciones u omisiones administrativas.

La proclamación de la responsabilidad de la administración por los daños que se cause a los particulares esta contenida en el siguiente precepto:

"Art. 238.1 Los administrados tendrán derecho a ser indemnizados por las entidades de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo casos de fuerza mayor, siempre que el perjuicio sea consecuencia del funcionamiento de la administración".

En nuestra opinión el citado enunciado consagra la responsabilidad objetiva de la Administración lo que significa que se genera independientemente de la intencionalidad o voluntad con que haya actuado el agente que originó un daño a un particular. No es indispensable imputar dolo o culpa, es suficiente con que se verifique la existencia de un daño patrimonialmente valuable y que exista relación entre un agente de la Administración y el daño causado. Todo daño que se genere por la Administración independientemente de la licitud o no de su actuación debe ser indemnizado. El único eximente de responsabilidad previsto por la ley es la fuerza mayor, lo que sólo sucede por causas extraordinarias e imprevisibles[123].

Como hemos comentado en la sección en la que analizamos los mecanismos de revisión de oficio de los actos administrativos el artículo 238.2 de la Ley establece que la sola declaración de nulidad de un acto administrativo ya sea en sede administrativa mediante el mecanismo de nulidad de oficio (art. 200°), o por resolución judicial dictada en un proceso contencioso administrativo, "no presupone necesariamente derecho a la indemnización", lo que no niega el derecho a exigirla en la vía judicial correspondiente en caso el afectado pruebe que se han producido perjuicios en su contra.

En cuanto a los alcances del daño indemnizable originado por la actuación de la Administración a través de sus agentes la Ley establece algunas precisiones:

"238.3.- El daño alegado debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos.

[123] Sobre el tema: Christian Guzmán Napurí. "La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública". En: AAVV. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444. Segunda parte "- Ara Editores. Lima 2003, pg. 561.

238.4.- Sólo será indemnizable el perjuicio producido al administrado proveniente de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley".

La vía para exigir que se impute responsabilidad por daño a la Administración o a sus agentes es a través de la correspondiente demanda ante el Poder Judicial lo que se puede tramitar mediante el proceso contenciosa administrativa, la vía ordinaria (civil), e incluso con motivo de una condena penal a un funcionario público. La excepción lo constituye el mecanismo de revisión de oficio de la revocación, porque conforme al artículo 205.1 de la Ley cuando la Administración en base a las causales restrictivas del artículo 203. 2 pretenda declarar la revocación de un acto administrativo que puede tener como consecuencia originar perjuicios económicos al administrado, en tales casos la Ley dispone que en el mismo acto administrativo que declara la revocación la propia Administración "*deberá contemplar lo conveniente para efectuar la indemnización correspondiente en sede administrativa*", lo cual constituye una garantía para loa particulares.

Tratándose de la responsabilidad que se puede imputar a la Administración derivada de las relaciones contractuales que se regulan por la Ley N° de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (contratos de obra pública y adquisición de bienes y servicios), esta norma prevé que cuando se ponga término a la relación contractual por incumplimiento injustificado de sus obligaciones por parte de la entidad administrativa contratante constituye obligación de esta última reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados al contratista, pero en caso se genere controversia sobre el importe de la indemnización reconocida por la Administración podrá ser sometida por la parte interesada a proceso arbitral (art. 45° de la Ley y art. 227° del respectivo reglamento).

La ley N° 27584 del proceso contencioso administrativo omite lamentablemente recoger la propuesta del proyecto de ley que sugería contemplar expresamente entre las pretensiones susceptibles de ser planteadas mediante el citado proceso, la pretensión de indemnización por los daños y perjuicios causados por la Administración. Decía textualmente la exposición de motivos del referido proyecto de ley lo siguiente: "*El numeral 3) autoriza exigir por esta vía el resarcimiento de daños y perjuicios contra la Administración Pública que puede ser formulado como pretensión principal o accesoria. Es decir puede ser formulado como una pretensión accesoria vinculada a la impugnación de una determinada actuación administrativa, pero también cabe plantearlo en vía principal. La opción del Proyecto es que la tarea de determinar la responsabilidad patrimonial de la administración corresponda a los jueces del contencioso administrativo. Esta opción ha sido recientemente fortalecida porque en la nueva Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General se regula en su último Título por primera vez un conjunto de reglas especiales para la determinación de la responsabilidad de la administración pública y de los funcionarios a su cargo*".

Sin embargo, el texto final de la ley N° 27584 del proceso contencioso administrativo aprobado por el Congreso no recoge la indemnización por daños y perjuicios en la relación de pretensiones susceptibles de formularse en el respectivo proceso, pero de manera inconsistente introduce un precepto[124] cuya única forma de interpretar es que cuando la pretensión de indemniza-

[124] *Art. 26° Pretensión indemnizatoria.- La pretensión de indemnización de daños y perjuicios se plantea como pretensión principal, de acuerdo a las reglas de los Códigos Civil Procesal Civil*". Como se puede advertir del precepto glosado incluso parece ignorar que el régimen de responsabilidad de la Administración no se encuentra en el Código Civil sino regulado de manera general en la Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General.

ción se plantee cono pretensión principal se debe tramitar mediante los procesos previstos por el Código Procesal Civil y sólo cuando la referida pretensión de indemnización se acumule a otro tipo de pretensión principal, en calidad de pretensión accesoria entonces el proceso contencioso si constituye la vía adecuada.

Una excepción a la regla establecida por las normas del proceso contencioso administrativo se puede encontrar en la Ley N° 26979 que regula la Ejecución Coactiva, que como se ha explicado anteriormente es el procedimiento mediante el cual las entidades administrativas ejercen su potestad de autotutela ejecutiva principalmente para el cobro de acreencias pecuniarias (multas y tributos), porque a la par que se ha previsto la responsabilidad civil solidaria del Ejecutor, de su auxiliar y de la entidad administrativa titular de la acreencia cuya cobranza encarga ejecutar, respecto a los excesos y abusos contra los afectados tipificados expresamente en dicha ley, se dice de manera expresa que la exigencia de responsabilidad patrimonial del Ejecutor, su auxiliar y la entidad administrativa ejecutante puede ser demandada por los afectados como pretensión principal a través del proceso contencioso administrativo (art. 22° modificado por la Ley N° 28165).

Lamentablemente hasta la fecha en el Perú no se ha producido jurisprudencia relevante que analice o establezca pautas sobre los aspectos centrales de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, seguramente debido en parte a las imprecisiones legales acerca de la vía judicial adecuada para exigirla, tampoco se la ha otorgado la importancia que en otros países ha merecido como mecanismo de control de la Administración.

La Ley de Procedimiento Administrativo General también ha previsto que como resultado de la imputación y exigencia de responsabilidad a la Administración Pública esta puede repetir judicialmente contra el funcionario para que le resarza patrimonialmente:

"*238.6.- Cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido, tomando en cuenta la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio. Sin embargo, la entidad podrá acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución*".

En este aspecto de la responsabilidad civil que la Administración Pública puede exigir de su personal por el perjuicio económico que le haya causado, considero pertinente glosar la definición que sobre el tema aporta la Ley N° 27785 Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, que como sabemos regula las atribuciones del citado organismo constitucional y de las oficinas que conforman el sistema nacional de control, las que precisamente como consecuencia de sus acciones de control pueden determinar la necesidad de requerir en la vía judicial correspondiente la responsabilidad civil del personal al servicio del Estado:

"***Responsabilidad Civil.***- *Es aquella en la que incurren los servidores y los funcionarios públicos, que por acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado. Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve. La obligación del resarcimiento a la Entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria, y la acción de resarcimiento prescribe a los diez (10) años de ocurrido los hechos que generan el daño económico*".

Al respecto, la Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27444 en su artículo 243.1 precisa que la responsabilidad civil que pueda imputarse a las autoridades o servidores públicos

es independiente de las responsabilidades de índole penal o funcional que por mandato legal puedan exigírseles.

XI. SERVICIO PÚBLICO, LOS MERCADOS DE INTERÉS GENERAL. LIBERALIZACIÓN, PRIVATIZACIÓN, REGULACIÓN Y SU RÉGIMEN DE COMPETENCIA.

1. La reforma del Estado en la década de los 90'.

Para poder brindar una visión panorámica que permita entender la situación actual de los servicios públicos y los mercados de interés general en el Perú es indispensable remontarnos al proceso de reforma del Estado operado a partir de la década de los 90 con los inicios del Gobierno del entonces electo democráticamente Ingeniero Alberto Fujimori.

El eje central de la reforma estuvo centrado en la necesidad de equilibrar las cuentas fiscales de un país que al terminar la década de los 80' padecía de una severa crisis fiscal, hiperinflación y el aislamiento del sistema financiero internacional.

En dicho contexto la reforma emprendida del Estado sintonizó plenamente con un modelo económico mundial de carácter liberal[125] que pregonizaba la reducción del aparato estatal y la apertura de los mercados a la competencia.

En lo funcional los aspectos más importantes de la reforma pueden sintetizarse en lo siguiente:

– Se aprobaron dispositivos legales con el objetivo de liberalizar mercados en los que habitualmente el Estado ejercía el monopolio o se encontraba en manos de pocos agentes económicos y sometido a fuertes distorsiones en perjuicio de los consumidores. En igual medida se desregularon actividades económicas sometidas a intensas intervenciones administrativas, la mayor parte de las veces injustificadas, con el fin de permitir su desarrollo en condiciones de competencia, reservándose para la administración pública un rol básicamente supervisor.

– Se transfirió al sector privado la prestación de servicios desarrollados por el Estado, principalmente los de carácter empresarial, mediante los procesos de privatización de la propiedad de empresas públicos y/o de sus activos y de otorgamiento de concesiones a empresas privadas para la prestación de actividades calificadas jurídicamente como servicios públicos y para la explotación de obras públicas de infraestructura, principalmente de transporte (puertos, aeropuertos, carreteras, etc.)

– Los procesos de privatización y de promoción de la inversión privada mediante el otorgamiento de concesiones y otras modalidades generaron la notable reducción del número de empresas del Estado heredadas de la década anterior que se encontraban la mayor parte de las veces en situación deficitaria, asimismo en consonancia con la referida reorientación del papel del Estado en la economía se crearon organismos reguladores de los servicios públicos (telecomu-

[125] Henry Pease "La Autocracia Fujimorista. Del Estado intervencionista al Estado mafioso". Pontificia Universidad Católica del Perú y Fondo de Cultura Económica. Lima, 2003, pg. 192, señala que la reforma del Gobierno lo colocó en la línea del documento denominado "Consenso de Washington" que propuso un conjunto de políticas de corte neoliberal que proponían una profunda reducción del aparato del Estado para concentrarlo en las funciones básicas o esenciales.

nicaciones, electricidad, saneamiento) y de las concesiones de obras públicas de infraestructura (puertos, aeropuertos, carreteras, vías ferroviarias) claramente inspirados en los modelos de los países anglosajones, con el objeto de garantizar un tratamiento técnico de la regulación y supervisión de las actividades económicas calificadas como servicios públicos, o que se desarrollan en condiciones de monopolio natural o poco competitivas y las que requieren para su desarrollo la utilización de redes e infraestructuras. Los mencionados organismos reguladores fueron creados como entidades dotadas cada una de personalidad jurídica de derecho público, con presupuesto propio y autonomía dentro del marco de la ley, actualmente adscritas a la Presidencia del Consejo de Ministros, porque conforme al marco constitucional peruano ninguna entidad que forma parte del Poder Ejecutivo puede depender directamente del Presidente de la República, porque se requiere que toda entidad del Gobierno este adscrita a un Ministro para que sea el responsable político ante el Parlamento. No obstante tratándose de los organismos reguladores se postula su absoluta independencia orgánica respecto de las directrices políticas del Gobierno, con el objeto de neutralizar la intervención política sobre sus decisiones a fin de garantizar su autonomía técnica en el desarrollo de las competencias asignadas[126].

Sin embargo, no todos los organismos reguladores fueron creados con anterioridad al proceso de transferencia de propiedad de empresas estatales al sector privado y/o otorgamiento de concesiones a empresas privadas. Tal es el caso de OSIPTEL que se constituyó antes de la privatización de las acciones de las empresas públicas de telefonía[127] y de OSITRAN que fuera creado en fecha previa al inicio del proceso de otorgamiento de concesiones de infraestructura de transporte de uso público[128]. En cambio OSINERG fue creado[129] años después del inicio del proceso de transferencia de la propiedad de empresas estatales y del establecimiento del nuevo marco regulador del sector eléctrico.

El caso de SUNASS es especial porque se trata de un organismo que fue creado en el marco del proceso de reestructuración del sector saneamiento desarrollado durante los primeros años de la década pasada[130] por el cual los servicios de agua potable y alcantarillado que eran de responsabilidad de una empresa estatal nacional (SENAPA) fueron transferidos a las municipalidades provinciales y distritales, con excepción de la empresa de saneamiento de Lima - Callao (SEDAPAL) que mantiene su calidad de empresa del gobierno nacional.

2. La Ley Marco de Organismos Reguladores.

Las notables diferencias en la evolución de la normatividad de cada uno de los organismos reguladores determinó que se aprobará la Ley N° 27332 denominada "Ley Marco de organismos

[126] Para el profesor Julio Comadira "La independencia funcional de los entes reguladores es, asimismo, decisiva, porque la experiencia ha demostrado que el poder político es no pocas veces incapaz de sustraerse a las tendencias de sacrificar los objetivos a largo plazo en aras de las metas diarias de la política", en "Reflexiones sobre la regulación de los servicios privatizados y los entes reguladores", publicado en Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Bs As., 1996, pg. 253.

[127] Mediante Decreto Legislativo de 5/11/1991. Sobre el tema : Karina Izaguirre "La Privatización de las Telecomunicaciones", en AAVV "Implementación de políticas públicas en el Perú". Editores: Augusto Alvarez Rodrich y Gabriel Ortiz De Zevallos. Editorial Apoyo. Lima,1995, pg. 42.

[128] Creado mediante Ley N° 26917, pub: 23/1/1998.

[129] Mediante ley N° 26734 , pub: 31/12/1996

[130] Creada mediante Decreto Ley N° 25965 de 19/12/1992, aprobándose su ley general N° 26284 el 27/12/1993.

reguladores de la inversión privada en servicios públicos"[131] con el propósito de establecer normas básicas comunes de organización y funcionamiento de tales entidades.

La citada ley precisa las entidades comprendidas en su ámbito de aplicación (como ya se dijo: OSIPTEL, OSINERG, SUNASS Y OSITRAN); determina la ubicación de las citadas entidades en la estructura del Estado; clasifica las funciones que les corresponde ejercer (supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora y sancionadora, solución de controversias entre empresas y de reclamos de los usuarios); las hace responsable de la supervisión de las actividades de postprivatización; potencia sus potestades de investigación; dispone que la dirección de los citados organismos corresponde a su respectivo Consejo Directivo y determina su composición y régimen de sus integrantes; establece que los organismos reguladores contarán con un Tribunal de Solución de Controversias; que se financian con el denominado "aporte por regulación" que recaudan e las empresas y entidades bajo su ámbito y que su personal se sujeta al régimen laboral de la actividad privada.

Conviene tener presente que la citada ley N° 27332 no reemplaza las leyes preexistentes que establecen el régimen legal de cada organismo regulador las cuales siguen vigentes, aunque su aplicación debe adecuarse al nuevo marco legal.

Desde su aprobación han entrado en vigencia otras leyes que modifican aspectos puntuales del régimen de algunos organismos reguladores: tal es el caso de la Ley N° 27336[132] denominada "Ley de desarrollo de las funciones y facultades del organismo supervisor de la inversión privada en telecomunicaciones-OSIPTEL" con el deliberado objetivo de potenciar sus potestades de supervisión y sanción a las entidades prestadoras bajo su ámbito de competencia; y la ley N° 27699[133] denominada "Ley complementaria de fortalecimiento institucional del organismo supervisor de la inversión en energía - OSINERG" con propósito similar a la anterior ley mencionada.

A fin de adecuar el régimen de los organismos reguladores a lo dispuesto por la nueva Ley Marco, en su oportunidad el Poder Ejecutivo dictó los nuevos Estatutos para cada uno de los organismos reguladores[134].

De la revisión de las citadas disposiciones, en términos generales, se puede apreciar el esfuerzo realizado en homogenizar en la medida de lo posible el régimen básico de los organismos reguladores en orden a reforzar su autonomía y potenciar sus potestades, pero se puede constatar que siguen pendientes de abordar otros temas que deberían ser objeto de desarrollo en futuras reformas legislativas.

3. Naturaleza Jurídica de los Organismos Reguladores. Ubicación en la estructura del Estado.

Conforme al art. 2° de la Ley Marco los reguladores "son organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público

[131] Publicada el 29/7/2000 y reglamentada mediante Decreto Supremo N° 032-2001-PCM, pub: 29/3/2001.

[132] Publicada el 5/8/2000

[133] Publicada el 16/4/2002

[134] El Reglamento General de OSIPTEL aprobado por D.S. N° 008-2001-PCM, pub: 2/2/2001; el Reglamento General de SUNASS aprobado por D.S. N° 017-2001-PCM, pub: 21/2/2001; el Reglamento General de OSITRAN aprobado por D.S. N° 010-2001-PCM, pub: 7/2/2001 y Reglamento General de OSINERG aprobado por D.S. N° 054-2001-PCM, pub: 9/5/2001.

interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera". Como se puede apreciar se trata de entidades que forman parte del Poder Ejecutivo, dotadas de personalidad jurídica y de un régimen que pretende garantizarles una especial autonomía técnica y funcional respecto del poder político.

En sus orígenes varios de los organismos reguladores recién creados, fueron colocados en el ámbito del Ministerio del sector al que pertenece la actividad regulada. Posteriormente se consideró que esta vinculación podía ser negativa porque restringía la autonomía del regulador al exponerlo en mayor medida a la ingerencia del ministerio encargado de orientar la política del sector y fueron transferidos a la órbita del Ministerio de Economía y Finanzas, para finalmente adscribirlos a la Presidencia del Consejo de Ministros, sector menos comprometido con una actividad regulada específica. Lo que como veremos mas adelante, no obsta para que el ministerio del sector participe en la designación de los Directores del organismo proponiendo cuando menos a uno de sus integrantes.

Se trata pues de entidades con personalidad jurídica de derecho público, dotadas de una organización, con presupuesto propio y autonomía dentro del marco de la ley. Como ya se ha señalado, conforme a nuestro diseño constitucional no pueden depender directamente del Presidente de la República, porque se requiere que toda entidad del Poder Ejecutivo este adscrita a un Ministro para que sea el responsable político ante el Parlamento, razón por la que se les adscribe a la Presidencia del Consejo de Ministros, lo cual a la vez denota la importancia que se les asigna en la estructura de la administración pública.

Conforme al proyecto de nueva Ley Orgánica del Poder Ejecutivo - LOPE, que fuera elaborado por la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros y que esta siendo tramitado en el Congreso[135], se ha propuesto que los organismos reguladores sean caracterizados legalmente como "Organismos Funcionalmente Independientes", dotados en teoría de un mayor grado de autonomía técnica que otras entidades del Poder Ejecutivo que también tienen personalidad jurídica propia. Sin embargo, en la redacción de dicho proyecto no queda claro si los organismos reguladores continuarían adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros o regresarían al ámbito del sector al que pertenece la actividad regulada, lo cual a nuestro juicio constituiría un retroceso. El citado proyecto cuida de precisar que los organismos reguladores se encuentran vinculados por las políticas generales y sectoriales del Gobierno, lo cual modula para dichas entidades la potestad de dirección general que le compete al Poder Ejecutivo sobre los organismos que lo integran, estableciéndose una relación de dirección o dependencia de menor intensidad en comparación con las demás entidades del Gobierno que no perjudica la autonomía que los organismos reguladores deben tener respecto de presiones políticas y poderes económicos.

El proyecto de reforma constitucional elaborado por la Comisión de Constitución del Congreso de la República propuso otorgarles rango constitucional a los organismos reguladores de servicios públicos, como ya sucede en nuestro ordenamiento constitucional con otras entidades como es el caso de la Superintendencia de Banca y Seguros que fuera consagrada como organismo constitucional desde la Carta de 1979. Según dicho proyecto los organismos reguladores de los servicios públicos e infraestructura de uso público, cuyo número y denominación específica no identifica el proyecto, tendrían personalidad jurídica de derecho públi-

[135] Proyecto de Ley N° 7233/2002-CR, presentado el 17 de junio del 2003.

co y autonomía dentro de sus respectivas leyes orgánicas. Les corresponderá "supervisar, regular y fiscalizar la prestación de los servicios públicos y la racional utilización de la infraestructura nacional de uso público, y de cautelar los intereses de los usuarios, los inversionistas y del Estado". El gobierno de cada organismo regulador estaría a cargo de un Consejo Directivo integrado por cinco (5) miembros designados por el Poder Ejecutivo, como el día de hoy, pero su Presidente necesitará ratificación del Senado. Como se puede apreciar con el nuevo diseño constitucional propuesto los organismos reguladores de servicios públicos se independizarían del Poder Ejecutivo y no formarían parte de ninguno de los tres clásicos poderes del Estado, porque tendrían la calidad de organismos constitucionalmente autónomos, en los que si bien los poderes con legitimidad democrática y con responsabilidad directa ante el electorado participan en la designación de sus titulares (el Ejecutivo designa a los Directores y el Senado ratifica al Presidente), y en la aprobación de las normas que regulan su actividad (su ley orgánica y las normas que establecen la disciplina de cada actividad regulada), sin embargo no tendrían ingerencia jerárquica directa sobre los mismos, lo que las independiza de los poderes políticos.

Precisamente uno de los principales problemas que se plantea el día de hoy en la doctrina especializada que trata acerca de los organismos reguladores en otros países es su difícil anclaje constitucional, principalmente en los países latinoamericanos, porque su característica mas distintiva que reside en postular su absoluta independencia orgánica respecto de las directrices políticas del Gobierno, no parece ser plenamente compatible con sus respectivos ordenamientos constitucionales.

La pretensión de "despolitizar" la actividad de los reguladores, de garantizarles independencia funcional ha sido energicamente defendida por el profesor Julio Comadira [136] en los siguientes términos: "La independencia funcional de los entes reguladores es, asimismo, decisiva, porque *la experiencia ha demostrado que el poder político es no pocas veces incapaz de sustraerse a las tendencias de sacrificar los objetivos a largo plazo en aras de las metas diarias de la política*". En opinión del profesor Juan carlos Cassagne[137] la función básica de los entes regulatorios "consiste en lograr una armonía participativa entre los intereses en juego y contribuir de ese modo que se alcance la armonía social....Entre los objetivos que se han atribuido a los entes regulatorios se destacan el relacionado con la promoción de la competencia, la defensa del mercado y de las libertades económicas de las personas vinculadas a la prestación de los Servicios Públicos, junto a la justicia y racionalidad de las tarifas. *Esta nueva función estatal, que viene a proteger el funcionamiento eficiente de todo el ciclo económico con el propósito de mejorar la calidad d e vida de las personas, viene a invertir la función que antaño cumplía el Estado en el campo de la regulación económica, donde el poder de policía operaba mediante mecanismos que alteraban artificialmente la oferta y la demanda o las decisiones que corresponden al mercado*".

Comenta la profesora Carmen Chinchilla[138] que "Las Administraciones Independientes, de origen anglosajón, aparecen como alternativa a las Administraciones tradicionales en ámbitos que,

[136] En: " Reflexiones sobre la regulaciòn de los servicios privatizados y los entes reguladores (con especial referencia al Enargas, Enre, CNT y Etoss).", publicado en: Derecho Administrativo. Abeledo Perrot. Bs As. 1996, pg 253

[137] "Los nuevos entes regulatorios". Revista de Derecho Administrativo N° 14, pg. 489 y ss.

[138] "Dos grandes momentos en cien años de derecho administrativo: la década de los cincuenta y la constitución de 1978". En : AAVV El derecho español en el siglo XX. Colección Garrigues y Andersen. Marcial Pons. 2000, pgs. 59 y 60.

por diversas razones, reclaman un mayor grado de autonomía funcional y, además de eso, una verdadera independencia gubernamental. Se ha dicho, por ello, que con ellas se persigue "despolitizar" la Administración.....El problema que plantean estos <<nuevos poderes>> es que suponen una excepción al principio constitucional que proclama la dependencia de la Administración respecto del Gobierno...Es claro que en los ámbitos <<administrados>> por este tipo de entes, el Gobierno ni dirige la administración, ni ejerce la función ejecutiva ni tampoco la potestad reglamentaria. Consecuencia de ello es que una vez roto el vínculo de dependencia gubernamental, estas Administraciones aparecen como entes que no responden "políticamente" ante nadie.....Se trataría pues, de una parte del poder ejecutivo sin otra responsabilidad que la que se derive del control de los tribunales que, obvio es decirlo, limitan su función al control de la legalidad de los actos de estos entes; un control -hay que señalarlo- que en muchos casos resulta muy difícil de realizar, dada la enorme complejidad y el contenido técnico de la legislación aplicable a muchos de estos sectores, como es el caso, por ejemplo de las telecomunicaciones, el mercado de valores o la defensa de la competencia".

En opinión de Bilbao Ubillus[139], que comparto plenamente porque considero que sus apreciaciones sirven también para describir el contexto de las entidades reguladoras peruanas, las agencias independientes, a diferencia de otros organismos que también forman parte del Poder Ejecutivo, no están sometidas a una relación de jerarquía con los órganos matrices de dicho Poder, la que es mas bien "sustituída <<por una técnica de control próxima a la tutela>>, respetuosa de esa esfera de autonomía técnica, razón por la que "..no proceden, en consecuencia, las órdenes o instrucciones concretas, ni las facultades disciplinarias sobre el personal u órganos de dirección, ni la sustitución de sus actos por otros que dicten órganos de la Administración central del Estado, y tampoco la aplicación de un control sobre sus decisiones que exceda del de mera legalidad, ni la posibilidad de recurrir sus actos mediante un recurso ordinario ante el Departamento ministerial correspondiente (agotan normalmente la vía administrativa)". Citando a otro autor, precisa que "...lo que se pretende no es tanto privar al Gobierno de sus poderes, como regularlos para objetivarlos, para neutralizarlos políticamente". Para Bilbao Ubillus las autoridades administrativas independientes "...se insertan dentro del poder ejecutivo y disfrutan de una <<independencia relativa>>, puesto que los lazos con el Gobierno y el Parlamento no se rompen del todo. Se mantienen abiertos una serie de cauces que permiten al Gobierno influir en el funcionamiento de estos organismos, cauces que no existen por ejemplo, en el caso de los órganos judiciales".

4. FUNCIONES

La ley marco de los organismos reguladores y las leyes y demás disposiciones reglamentarias especiales que disciplinan su régimen establecen el conjunto de funciones y potestades de carácter público (Supervisora, Reguladora, Normativa, Fiscalizadora, Solución de controversias entre empresas y Solución de reclamos de los usuarios) que se les atribuye para cumplir de la manera más eficaz el objetivo de interés general que constituye su cometido.

[139] "Las agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico- constitucional". En : AAVV "Privatización y liberalización de servicios". Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid Nº 3 (1999), pg. 166.

5. DIFERENCIAS CON EL CONCEDENTE.

En la bibliografía latinoamericana de Derecho Administrativo que analiza el régimen de los organismos reguladores de servicios públicos existe un sector de autores que postulan la necesidad de distinguir entre el papel atribuido al ente regulador y rol que le corresponde al Estado concedente. Al respecto para Raúl Canosa[140] el órgano de control, como órgano independiente técnicamente especializado, tiene por tarea principal "...fiscalizar que el servicio se preste de acuerdo con la normativa vigente y conforme a ésta y el contrato de concesión respectivo...., asegurando la mejor calidad de aquél en beneficio de los usuarios y si fuere procedente en la actividad de que se trate asegurar la competencia entre los distintos operadores. A ello debe agregarse el control de cumplimiento de todas las obligaciones asumidas por el concesionario por contrato...."; mientras que "...en cambio, el concedente debe reservarse la difícil tarea de fijación de políticas para el sector, lo que incluye todas aquellas cuestiones relativas a la celebración de contratos y otorgamiento de licencias y concesiones, como así también modificación en interpretación de dichos instrumentos, funciones de desarrollo normativo, etc....". Similar posición es expresada por Guido Tawil[141] para quien el papel atribuido a los entes reguladores debe ser necesariamente distinto al del Estado concedente a fin de evitar conflictos de interés y de asegurar la transparencia del sistema. "Mientras que los entes reguladores deben ser esencialmente organismos técnicos independientes del poder político cuyo objetivo es verificar y asegurar la calidad de los servicios comprometidos, el Estado concedente es una de las partes en una relación contractual de derecho público cuya actividad se rige por criterios políticos y que, como tal, carece de la independencia necesaria para pronunciarse en situaciones de conflicto con aquél a quien le transfirió el servicio".

De las lecturas glosadas parece derivarse que para los autores citados la tarea principal de los organismos reguladores de servicios públicos es el desempeño de funciones de carácter supervisor o de control, porque los lineamientos políticos generales del servicio público en cuestión, a decir de Oscar Aguilar Valdez[142] necesariamente deben estar prefijados ya sea en el respectivo marco regulatorio, que deberá ser sancionado por un órgano con clara legitimación política y con responsabilidad directa ante el electorado, o a través de los contratos de concesión que en tal virtud se constituyen "....en una suerte de fuente de legalidad administrativa *inter partes* que, paralelamente, actúa como límite formal externo a la actuación del regulador. Adicionalmente, téngase en cuenta que, sin perjuicio del carácter contractual que reviste la concesión de servicios públicos, muchas de sus disposiciones -las denominadas en el derecho francés como claúsulas *reglamentarias*- configuran un verdadero marco regulatorio del servicio, establecido en función de criterios de índole política, económica y social y ajenos a la competencia propia del *ente regulador*".

Es en ese sentido que para algunos autores, como Jorge Salomón[143] la diferencia existente entre las agencias reguladoras norteamericanas y los entes reguladores de otros países como

[140] "Lineamientos para la conformación de un ente de control del transporte terrestre". AeDP Nº 13, 2000, Ad Hoc. Bs As. Pg. 59.

[141] "A propósito de la tutela cautelar frente a las decisiones de los nuevos entes reguladores". En: AA VV. Derecho Administrativo, Obra colectiva en Homenaje al Profesor Miguel Marienhoff. Director - Juan Carlos Cassagne; Abeledo - Perrot. Bs As 1998., pg. 1354

[142] "El acto administrativo regulatorio". En: AAVV. "Acto administrativo y reglamento". Jornadas Organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho. Ediciones RAP. Bs As. 2002, pg

[143] En: Teoría General de los Servicios Públicos. Edit. Ad Hoc. Bs As. 1999. Pgs 410 y 411.

Argentina, consiste en que las agencias regulatorias independientes del derecho norteamericano tienen potestad para dictar los marcos regulatorios de la actividad que les compete regular, es decir para establecer el régimen jurídico de una determinada actividad económica mediante su producción normativa con carácter exclusivo, porque no existe en la estructura del gobierno de dicho país otras autoridades que detenten tal potestad, en cambio, en el derecho argentino los entes reguladores son también titulares de potestad regulatoria, por habérseles delegado en la mayoría de los casos, el ejercicio del poder de policía en materia de servicios públicos de la jurisdicción federal, pero a diferencia de los primeros ejercen la potestad regulatoria no en forma exclusiva sino concurrente con el Poder Ejecutivo Nacional.

Las razones esbozadas por algunos autores que explican la no siempre fácil adaptación institucional del modelo de las agencias regulatorias norteamericanas a otros regímenes, reside en que en el derecho de dicho país están ausentes las categorías jurídicas de "servicio público" y de "contrato administrativo de concesión" que si existen en el modelo de ordenamiento administrativo como el nuestro y que predeterminan en gran parte los poderes del concedente y de los organismos reguladores.

En el caso del Perú en principio podemos afirmar que los organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos son entidades que actúan dentro del marco de la normativa vigente establecida para cada tipo de servicio público[144] y la que se derive de los respectivos contratos de concesión, cuya principal función es de carácter supervisor o de control de la actividad desarrollada por las empresas prestadoras de servicio público y de los compromisos contraídos en los citados contratos de concesión, que ejercen potestades de regulación económica principalmente en materia de determinación de tarifas, promoción de la competitividad en los mercados, determinación de niveles de calidad y cobertura del servicio, y garantía de las condiciones de acceso a la actividad y utilización de las redes, pero que concurren con los ministerios de los respectivos sectores en el ejercicio de otras manifestaciones de dicha función reguladora, aunque con matices, a quienes también corresponde dictar normas que inciden de manera decisiva sobre la prestación de los servicios públicos.

La situación descrita es fácil de comprobar en el ámbito de los reguladores de suministro de electricidad- OSINERG; del servicio de saneamiento-SUNASS y del supervisor de la inversión privada en infraestructura de transporte público-OSITRAN. Tiene mayores matices en el caso del regulador de telecomunicaciones- OSIPTEL.

En el caso de OSINERG es claro que se crea[145] como un organismo de carácter esencialmente supervisor y fiscalizador del cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con los subsectores de electricidad e hidrocarburos, así como el cumplimiento de las normas legales y técnicas, referidas a la conservación y protección del medio ambiente en el desarrollo de dichas actividades. Como se puede apreciar, a diferencia de los demás organismos reguladores su competencia abarca la supervisión de actividades de hidrocarburos que no constituyen servicios públicos, sino actividades privadas en las existe un marcado interés público en fiscalizar su realización seguramente con el objeto de resguardar la seguridad de las personas y del

[144] Sobre la evolución del concepto de servicio público en el Perú: Diego Zegarra Valdivia. "La noción de servicios públicos en el sistema jurídico peruano: Una aproximación". Presentada como Ponencia al Primera Congreso Peruano de Derecho Administrativo celebrado el 22, 23 y 24 de abril del 2004. En: AAVV. Derecho Administrativo. Asociación Peruana de Derecho Administrativo y Jurista Editores. Lima, 2004. Pg. 511 y ss.

[145] Mediante ley Nº 26734

medio ambiente. Pero lo mas resaltante es que el Ministerio del sector (Ministerio de Energía y Minas) que cuenta con una órgano de línea especializado en la materia (la Dirección General de Electricidad) retiene importantes funciones de carácter normativo (por ejemplo la aprobación del Código Nacional de Electricidad-Suministro), mientras que la función de determinar las tarifas de energía eléctrica de acuerdo a los criterios establecidos en la ley de la actividad (Ley N° 25844 de concesiones eléctricas) es otorgada a otro organismo denominado Comisión de Tarifas Eléctricas, que se integro recién a OSINERG a partir de lo dispuesto por la Tercera Disposición Complementaria y Final de la Ley Marco de organismos reguladores.

En el caso del regulador de los servicios de saneamiento SUNASS la evolución normativa de la actividad ha determinado que a partir de la expedición de la denominada ley de fomento y desarrollo del sector saneamiento[146] se distinga con mayor precisión las funciones del ente rector (el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento creado por la Ley N° 27792) de las del regulador. De conformidad con el artículo 5° de la citada ley al ente rector le corresponde, entre otras funciones, formular la política del sector, adoptando las correciones y demás medidas que correspondan, promover el desarrollo y la sostenibilidad de los servicios, proporcionar asistencia técnica para el desarrollo de los servicios, etc.

El caso del ente supervisor de la inversión privada en infraestructura de transporte de uso público-OSITRAN presenta algunos matices, porque de conformidad con su ley de creación[147] le corresponde regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las empresas públicas o privadas que realizan actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público, así como el cumplimiento de los contratos de concesión, "...cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios, en el marco de las políticas y normas que dicta el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura bajo su ámbito". Como se puede observar aparte de la expresa mención a las políticas que dicte el Ministerio del sector correspondiente a través de órganos especializados[148], que tienen competencias para otorgar licencias de operaciones y aprobar normas técnicas para la construcción y mantenimiento de la infraestructura, etc.; gran parte del marco normativo de la actividad a supervisar por OSITRAN esta predeterminado por los respectivos contratos de concesión, elaborados muchas veces sobre la base de consideraciones de índole política, económica y social ajenos a la competencia propia del ente regulador. Para el profesor Agustín Gordillo[149] "...el que concede u otorga un monopolio no debe ser quien lo controle", porque es indispensable que el ente de control sea imparcial para que opere como un árbitro que solucione los conflictos entre los agentes económicos del sector. Es conveniente mencionar en el caso peruano se da la singularidad que el proceso de promoción de la inversión privada en la privatización de empresas del Estado y en el otorgamiento de concesiones de servicios públicos y en obras públicas, es conducido por un ente especializado del Poder Ejecutivo actualmente denominado PROINVERSION, dirigido por un grupo de ministros titulares de

[146] Decreto Legislativo N° 908, pub: 3/8/2000.

[147] Ley N° 26917, pub: 23/1/1998.

[148] La Dirección General de Aeronáutica Civil cuenta con una Dirección de Infraestructura Aeroportuaria; La Dirección General de Transporte Acuático cuenta con una Dirección de Puertos; la Dirección General de Caminos cuenta con una Dirección de Infraestructura Vial; la Dirección General de Ferrocarriles cuenta con una Dirección de Infraestructura Vial Ferroviaria.

[149] Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Fundación de Derecho Administrativo. Bs As. 1997. Pg XV-3

los sectores involucrados. Sin perjuicio de que el otorgamiento del respectivo contrato de concesión corresponde sin lugar a dudas al sector correspondiente.

El caso del organismo regulador en materia de telecomunicaciones-OSIPTEL es probablemente el más complejo y que mas aristas presenta para su análisis. De conformidad con el artículo 18° de su Reglamento General tiene por objetivo general: "regular, normar, supervisar y fiscalizar, dentro del ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones el comportamiento de las empresas operadoras, las relaciones de dichas empresas entre sí, y las de éstas con los usuarios, garantizando la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario, regulando el equilibrio de las tarifas y facilitando al mercado una explotación y uso eficiente de los servicios públicos de telecomunicaciones", tareas que como se puede apreciar son la usuales de un organismo regulador. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones es competente para establecer la política y estrategias del sector, otorgar concesiones y administrar el uso del espacio radioeléctrico, en lo referente al servicio público de telecomunicaciones. Sin embargo OSIPTEL también desarrolla actividades de promoción en ejercicio de la facultad de administración del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones-FITEL, al cual aportan todas las empresas del sector, con el objetivo de generar el acceso universal a fin de financiar la provisión de servicios de telecomunicaciones en áreas rurales y lugares considerados de preferente interés social. Asimismo, el contrato de concesión suscrito con la empresa Telefónica del Perú que marcó en 1994 el inicio del proceso de apertura de la competencia en el sector, contiene diversas cláusulas, especialmente las referidas a materia tarifaria, que repercute en la disciplina del sector.

En resumen, consideramos que los aspectos que distinguen el marco normativo de los organismos reguladores peruanos con las agencias reguladoras del derecho norteamericano son los siguientes: (i) Nuestro ordenamiento le otorga la categoría jurídica de servicio público a determinadas actividades en función de su carácter esencial para satisfacer necesidades colectivas, por lo que el Estado debe garantizar su prestación lo que no significa que deba apropiarse materialmente de la actividad; (ii) Existe un marco legislativo específico (ley y reglamentos de desarrollo) para cada actividad considerada servicio público que establece en gran parte la disciplina del sector; (iii) los contratos de concesión de servicios públicos, en especial los de concesiones de obra pública de infraestructura de transportes, también establecen el marco regulatorio de la actividad; y (iv) aunque con matices, los organismos reguladores de servicios públicos concurren en la función normativa de la actividad de servicio público que les compete con el Ministerio del sector correspondiente.

XII. LA FUNCIÓN PÚBLICA.

1. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL.

La Constitución Política peruana de 1993, al igual que su predecesora la Carta de 1979, contiene un Capítulo específico referido a la Función Pública en el cual se establece los lineamientos básicos de su régimen jurídico para que sean materia de ulterior desarrollo legislativo[150].

[150] Hemos trabajado el tema en: "La regulación de la función pública en el Perú". En colectivo "La profesionalización de la función pública en Iberoamérica". Ministerio de Administraciones Públicas - INAP. Madrid 2002, pg. 207.

Así, en el artículo 39° de la Constitución se proclama que: *«Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación»*, estableciéndose a continuación un orden de jerarquía entre los más altos funcionarios que comienza con el Presidente de la República.

Por otro lado, el artículo 40° del mismo texto constitucional establece lo siguiente:

«La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos y deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno o más por función docente.

No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del estado o de sociedades de economía mixta.

Es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos».

Como se puede apreciar la Constitución peruana opta por el reconocimiento de un específico estatuto funcionarial para el personal al servicio de la Administración Pública, que a diferencia de otro tipo de opciones organizativas como podría ser hipotéticamente la pura y simple aplicación de las normas laborales ordinarias el empleo público, la fórmula estatutaria garantiza un régimen que regule la administración de los recursos humanos de aplicabilidad general para todas las entidades públicas.

Asimismo, en el artículo 41° de la Constitución se consagra un conjunto de reglas en orden a garantizar la transparencia y la responsabilidad en el ejercicio de la función pública, en tal sentido se establece la obligación de los funcionarios y servidores públicos de presentar declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión del cargo, durante el ejercicio y al cesar de los mismos, las mismas que son publicadas en el Diario Oficial. Se faculta al Fiscal de la Nación para proceder a formular denuncia ante el Poder Judicial contra funcionarios respecto de los cuales se presuma enriquecimiento ilícito y se establece que debe duplicarse el plazo ordinario de prescripción de delitos contra el patrimonio cuando el afectado es el Estado.

Finalmente, el artículo 42° reconoce los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos, excluyendo de su ejercicio a los funcionarios del estado con poder de decisión y los que desempeñen cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

2. Régimen de la Carrera Administrativa

Los aspectos básicos del régimen de la carrera administrativa en el Perú están regulados por la Ley de Bases de la Carrera Administrativa aprobada por el Decreto Legislativo N° 276 dictado en 1984 que establece las disposiciones referentes a las condiciones de ingreso, capacitación, promoción, y cese en la carrera pública. Sin embargo aunque formalmente continúa vigente la experiencia de la década pasada demuestra que buena parte de sus preceptos han sido tácitamente derogados por normas legales o son ignorados por prácticas administrativas, como comentaremos mas adelante a la hora de hacer la evaluación de la situación actual y demos cuenta de las perspectivas de reforma.

En primer lugar es importante tener presente que no están comprendidos dentro de la carrera administrativa los servidores contratados para realizar funciones de naturaleza temporal, ni los

funcionarios que desempeñan cargos políticos y de confianza, cuyo origen es la libre designación y remoción y que están dotados de una alta dosis de poder, tal es el caso de los ministros, viceministros, jefes y presidentes de organismos e instituciones. Sin embargo la ley (art. 14°) permite que el personal de carrera puede ser designado para ocupar cargo político o de confianza, en cuyo caso no pierde su derecho a retornar a su plaza.

Tampoco forman parte de la carrera administrativa determinados grupos funcionariales cuyas peculiaridades han determinado la creación de regímenes especiales diferentes de la carrera administrativa ordinaria. Tal es el caso de los miembros de:

– El Poder Judicial
– Los Institutos Armados y la Policía Nacional
– El Cuerpo Diplomático
– El magisterio, y
– Los profesionales de la salud.

Por expreso mandato constitucional los trabajadores de las empresas del estado tampoco están comprendidos en la carrera administrativa porque se regulan por el régimen laboral privado.

El Decreto Legislativo N° 276 distingue tres grupos ocupacionales de servidores públicos en la carrera administrativa, clasificados en razón a su formación, capacitación o experiencia reconocida:

– *Profesional*, constituido por los servidores con título profesional o grado académico reconocido por la ley universitaria.

– *Técnico*, en el que se agrupa a los servidores con formación superior o universitaria incompleta o capacitación tecnológica o experiencia reconocida.

– *Auxiliar*, constituido por servidores con instrucción secundaria y experiencia o calificación para realizar labores de apoyo.

En base a los mencionados grupos ocupacionales se han establecido niveles de la carrera administrativa que en total suman 14.

Cabe dos modalidades de progresión de los servidores públicos en la carrera administrativa:

– El ascenso del servidor de un nivel inferior al nivel inmediato superior de su respectivo grupo ocupacional;

– También es posible que la progresión en la carrera administrativa se exprese a través del cambio del grupo ocupacional del servidor.

El ascenso se debe producir mediante concurso convocado al efecto para lo cual los servidores deben cumplir con dos requisitos fundamentales: tiempo mínimo de permanencia señalado para el respectivo nivel ocupacional; y capacitación requerida para el siguiente nivel. En el concurso de ascenso se deberán valorar los siguientes factores (art. 11°): los estudios de formación general y de capacitación que haya realizado el servidor, los méritos individuales adecuadamente evaluados y el desempeño laboral.

Para el cambio de grupo ocupacional el servidor deberá cumplir con los siguientes requisitos: acreditar los títulos y grados académicos o certificaciones necesarias para la pertenencia al grupo ocupacional al que se aspira, cumplir un tiempo mínimo de permanencia en el respectivo nivel de carrera, acreditar estar capacitado con la especialidad y las funciones a desarrollar en el grupo ocupacional al que se postula y demostrar un desempeño laboral eficiente.

Respecto del sistema de acceso a la carrera administrativa en la condición de servidor de carrera o de servidor contratado para labores de naturaleza permanente, el Decreto Legislativo N° 276 mantiene como procedimiento obligatorio el concurso de méritos. El ganador del concur-

so de méritos es incorporado a la carrera administrativa mediante resolución de nombramiento, o contrato, según el caso.

Es importante hacer notar que el ingreso a la carrera se realiza necesariamente por el nivel mas bajo del grupo ocupacional al cual se postuló.

El reglamento del Decreto Legislativo N° 276 considera dos tipos de servidores contratados:

– Los que cumplen funciones de carácter temporal o accidental para el desempeño de ciertos trabajos o labores específicos y de duración determinada, para cuya contratación no se requiere necesariamente de concurso y la relación contractual concluye al término del mismo, no generándose derecho de ninguna clase para la carrera administrativa; y

– Los que cumplen labores de naturaleza permanente, caso en el que sólo se recurrirá a la contratación en forma excepcional la cual procederá únicamente en caso de máxima necesidad debidamente fundamentada. En virtud de dicho carácter excepcional se establece que el contrato y sus posteriores renovaciones no pueden exceder legalmente de tres años consecutivos. Se admite la posibilidad que después del primer año de servicios ininterrumpidos el servidor contratado pueda ser incorporado a la carrera administrativa mediante nombramiento, en caso de existir plaza vacante y de contar con evaluación favorable sobre su desempeño laboral. En cualquier caso si el servidor contratado supera el máximo de tres años obtiene el derecho a ser incorporado a la carrera administrativa, al haber quedado demostrado su necesidad.

Sin embargo, por razones de austeridad fiscal, desde la segunda mitad de la década de los 80 las leyes de presupuesto han venido imponiendo limitaciones o prohibiciones al nombramiento o las contrataciones de personal. Resulta habitual que las leyes anuales de presupuesto establezcan la prohibición general de "efectuar nombramientos y celebrar nuevos contratos de personal bajo cualquier forma o modalidad" y "de crear, modificar o recategorizar plazas con relación a las que están ocupadas al 31 de diciembre del año anterior".

Las mencionadas restricciones presupuestarias para acceso de personal necesario para la administración pública mantenidas durante muchos años ha generado las siguientes consecuencias nocivas:

– Todas las entidades públicas tienen un gran número de plazas vacantes y muchas se han visto obligadas a cubrir los cargos directivos con personal ascendido, lo cual, de un lado, elimina la competencia y, por ende, el deseo de superación de los trabajadores, y de otro lado impide convocar a profesionales ajenos a la carrera que podrían haber ofrecido mejores calificaciones.

– Otra medida adoptada por las entidades ha consistido en recurrir a la utilización de la figura de la "contratación de servicios no personales", que no se registran en la planilla, porque el egreso es contabilizado en la partida presupuestaria correspondiente a "transferencia por bienes y servicios". Sin embargo, comoquiera que las leyes de presupuesto en la misma medida prohibían también la contratación por servicios no personales para funciones permanentes o previstas en el respectivo reglamento de organización y funciones de la entidad, las entidades preferían proceder a la contratación a través de empresas de servicios, por lo que el personal contratado por la modalidad de "servicios no personales" no es contabilizado en forma transparente.

3. Régimen de remuneraciones

El Decreto Legislativo N° 276 dictado en 1984 que regula la carrera administrativa tuvo entre sus objetivos principales dar cumplimiento al mandato del artículo 60° de la Constitución de 1979

entonces vigente que disponía que las remuneraciones para todos los trabajadores del sector público debían homologarse dentro de un régimen de igualdad salarial casi absoluta, conforme al cual la mas alta jerarquía correspondía al Presidente de la República y luego a senadores y diputados, ministros de estado y vocales supremos. Se dice que dicho precepto constitucional fue incluido en respuesta a los reclamos de los gremios del sector público frente al proceso de diferenciación de las remuneraciones que se inició en los últimos años de la década del 70.

Por tal razón la citada ley de bases la carrera administrativa estableció el denominado "Sistema Único de Remuneraciones" que ordenaba que todos los trabajadores de un mismo nivel y categoría, cualquiera fuera la entidad administrativa en que la prestaban servicios, debían percibir exactamente la misma remuneración básica y las mismas bonificaciones y beneficios, excepto las fijadas por criterio de antiguedad o situación familiar. Sin embargo esta sistema nunca se cumplió por completo porque progresivamente mediante leyes aprobadas por el Congreso de la República se fueron estableciendo una serie de bonificaciones por funciones específicas (función contralora, función planificadora, función presupuestal, función de inteligencia; función judicial, función universitaria, función técnico-normativa, función minero-energética y varias otras), con el deliberado propósito de establecer tratamientos diferenciados en las remuneraciones de los trabajadores del sector público, creando gran dispersión en rubros y montos.

Incluso uno de los aspectos capitales en el proceso iniciado a comienzos de la década de los 90 de modernización de algunos sectores de la administración pública en el Perú, como fue el de la reforma de la administración tributaria interna y aduanera mediante la creación de entidades públicas especializadas y autónomas de la organización ministerial, lo constituyó la aplicación del régimen laboral de la actividad privada al personal de dichas instituciones que cumplen funciones eminentemente administrativos, con el objeto de obtener libertad para ofrecer niveles remunerativos atractivos que permitieran captar profesionales altamente capacitados. Medida que fue seguida en casi todos los casos de creación de nuevas entidades administrativas a partir de dicha fecha.

Si bien la Constitución de 1993 no repitió el precepto de homologación de remuneraciones, las evaluaciones realizadas hasta la fecha demuestran que desde entonces se ha generado una mayor dispersión generándose un verdadero caos en la administración, con una gran variedad de conceptos remuneratorios y de montos y la existencia de múltiples sistemas de pago al personal. Han abonado a dicha situación dos factores:

– Las normas de austeridad presupuestal que establecieron restricciones a los incrementos remunerativos, generando la tendencia a buscar resquicios legales para pagar retribuciones más ajustadas a la realidad del mercado.

– La subsistencia del sistema de pensiones regulado por el Decreto Ley N° 20530 de 1974 también conocido como "cédula viva" que toma como base la remuneración del trabajador activo del mismo grado y nivel, de modo que cualquier incremento en los ingreso de los trabajadores se refleja obligatoriamente en la pensión de los jubilados sujetos a dicho régimen ("efecto espejo"), por lo que todo incremento en la remuneración del trabajador debe ser multiplicado, no solo por el número de trabajadores en actividad, sino por el total incluyendo cesantes y jubilados beneficiados por dicho régimen[151].

[151] El referido régimen de pensiones de la denominada " cédula viva" acaba de ser suprimido mediante una reforma constitucional aprobada mediante la Ley N° 28389 de 17 de noviembre de 2004 debido a la marcada inequidad con respecto

Sin embargo, no obstante las reglas que acabamos de reseñamos, conforme a las últimas evaluaciones llevadas a cabo de la problemática de la función pública a nivel del Poder Ejecutivo se constata que el sistema de remuneraciones y otros pagos que realiza el Estado a sus funcionarios y servidores en la actualidad es absolutamente caótico. Las remuneraciones que figuran en las planillas de los trabajadores del sector público no son, en la mayoría de los casos, las que son efectivamente percibidas por los servidores. Las entidades administrativas que disponen de recursos que no dependen del tesoro público aplican medidas orientadas a mejorar las remuneraciones de su personal, a pesar de los impedimentos legales existentes para ello, lo que genera que muchos trabajadores perciban beneficios adicionales que no son consignados en la planilla.

Se comprueba por tanto en el sector público peruano una enorme dispersión salarial lo que genera heterogeneidad en el tratamiento de los pagos a los funcionarios y servidores públicos. Del total de pagos a los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa en promedio sólo el 41% de lo que perciben esta asociado a la planilla única de pagos, el resto de la remuneración se cobra a través de una gama muy amplia de conceptos.

Entre los mecanismos utilizados por los ministerios y otros organismos públicos para mejorar los ingresos de sus trabajadores tenemos los siguientes:

– Pagos con recursos de los denominados Fondos de Apoyo y Estímulo, administrado por un comité administrativo lo que da lugar a que se le denominen generalmente CAFAE, que supuestamente se financian con recursos obtenidos por sanciones pecuniarias que se imponen a los propios servidores de la institución por concepto de faltas, tardanzas, etc. Sin embargo, el grueso de los recursos ha provenido tradicionalmente de transferencias del tesoro Público. Las asignaciones por este concepto se suman a las remuneraciones de planilla y a otras bonificaciones que pudieran percibir los trabajadores públicos. A través de esta modalidad los trabajadores beneficiados mejoran sustancialmente su remuneración, lo cual tiende a abrir una brecha más en el sector público;

– Pagos con recursos del Fondo de Apoyo Gerencial financiado en su mayor parte por el tesoro público y administrado por el programa de las naciones unidas para el desarrollo -PNUD, que sirve para pagar al personal calificado que labora temporalmente en la alta dirección de los ministerios y algunas entidades públicas.

– Asignación por Alta Dirección, pagada por la Presidencia del Consejo de Ministros para remunerar de manera atractiva a las personas que asumieran funciones de alta dirección en la administración pública y que opera como un suplemento al haber pagado en la planilla única de pagos.

– Pagos directos de entidades internacionales a personal que labora en la administración pública cuyo sueldo es cubierto por organismos como el Banco Mundial, el Bando Interamericano de Desarrollo y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD para financiar determinados proyectos.

– Otras modalidades que con el fin de incrementar las remuneraciones reales de sus trabajadores, muchas entidades han adoptado prácticas adicionales a las descritas. Tal es el caso de los pagos en alimentos o el otorgamiento de "préstamos blandos".

En síntesis las principales características del sistema de remuneraciones del sector público serían las siguientes:

de otros regímenes pensionarios, su elevadísimo costo fiscal y el obstáculo que significaba para la reinstitucionalización del régimen legal del personal del sector público.

– Heterogeneidad en la determinación de las remuneraciones, por lo que se puede afirmar que en la práctica no obstante el mandato contenido en la ley de la carrera administrativa y dispositivos complementarios se carece de un sistema único de remuneraciones, ya que cada entidad pública remunera a sus trabajadores de manera distinta lo que genera una enorme dispersión salarial y un sistema indudablemente caótico.

– Existencia de una estructura salarial sumamente compleja porque el sueldo se compone de numerosas bonificaciones y conceptos irrelevantes.

– Poca transparencia en las planillas, porque no son los únicos que el trabajador público percibe, ya que la remuneración oficial es complementada con diversos conceptos que no se aplican de manera homogénea, lo que dificulta la administración adecuada de los recursos humanos y un recurso adecuado de la política fiscal.

4. La tendencia hacia la aplicación del régimen laboral privado

Anteriormente se ha hecho referencia como progresivamente el personal de determinadas entidades estatales fue transferido al régimen laboral privado: tal es el caso de las empresas del Estado que desde inicios de la década de los 80 se dispuso su sujección al régimen laboral común[152], tendencia que se fue acrecentando a partir de la década de los 90 en el que se puede observar como un número creciente de importantes instituciones del Estado son autorizadas por normas con rango de ley para que las relaciones con sus trabajadores se ciñan al régimen laboral privado.

Dicha "laboralización de la función pública" tuvo un carácter prácticamente masivo: se puso en práctica en entidades que fueron consideradas prioritarias para el proceso de reformas estructurales emprendido por el gobierno que estuvo en funciones durante la década pasada, incluso en organismos que cumplen funciones típicamente administrativas, que involucran el ejercicio de potestades públicas exorbitantes en sus relaciones con los ciudadanos administrativas (como la administración tributaria y aduanera), pero especialmente en las que fueron creadas en un contexto de reforma del rol del Estado en la economía marcado por la liberalización de las mayor parte de servicios y actividades económicas y la consiguiente mutación del rol del Estado de prestador a regulador de la inversión (caso de los organismos reguladores de los principales servicios públicos, de la banca, de los fondos de inversión y del organismo encargado de velar por la libre competencia, entre varios otros).

Mas aún dicha tendencia se traslado inclusive a entidades tan eminentemente públicas y estatales como el Poder Judicial, el Congreso, el Tribunal Constitucional y la Defensoría del Pueblo, cuyo personal esta sujetos a la ley laboral común.

En virtud de la aplicación del régimen laboral privado a los trabajadores de determinadas entidades estatales no se aplican las normas sobre concurso público para el ingreso, ascensos, remuneraciones, sanciones disciplinarias y procedimientos establecidos por el régimen de la

[152] Sin embargo varias de las empresas estatales se crearon sobre la base o asumiendo corporaciones o servicios que anteriormente eran prestados directamente por el Estado y en los cuales se aplicaba el régimen administrativo para sus trabajadores, lo que generó paradójicamente la aplicación de un régimen mixto para el tratamiento de sus trabajadores, al coexistir al interior de una misma empresa trabajadores pertenecientes a la carrera administrativa y otra parte de trabajadores sujetos al régimen laboral privado.

carrera administrativa, lo cual otorga a las entidades un mayor margen de flexibilidad en el manejo de personal.

Sin embargo la mencionada "laboralización" no se produjo a través de un proceso ordenado o sistemático, sino mas bien de manera incoherente e inorgánica, pensando que el sólo transido del régimen estatutario de la carrera administrativa a uno contractual aportaría automáticamente las virtudes de eficiencia y competitividad que se atribuyen al sector privado.

Los estudios realizados recientemente en el Perú demuestran que el régimen privado es mucho más oneroso que el público, sin que el menor costo de este último sea en puridad un aspecto positivo; se trata simplemente de una asimetría.

En el régimen laboral privado no sólo son más altos los salarios, sino que son mayores los beneficios colaterales: así sucede con las dos gratificaciones anuales, la asignación familiar y la compensación por tiempo de servicios.

Para los trabajadores que están bajo el régimen de la carrera administrativa las remuneraciones son menores (lo que ha generado la creación de mecanismos de incremento poco transparentes) y no hay mayores beneficios colaterales.

Los contratos denominados de "servicios no personales"

Como se ha comentado anteriormente las constantes restricciones presupuestales que se han venido repitiendo en el Perú, en mayor o menor medida, anualmente, durante por lo menos los últimos 15 años o mas, provocó que en la mayor parte de las entidades administrativas, sobre todo en las que se personal está sujeto a la carrera administrativa, se recurriera a la modalidad sui generis de captación de personal indispensable para la continuidad de su funcionamiento mediante los contratos de "servicios no personales".

Dicho contrato no corresponde a ninguna categoría jurídica conocida o especifica, al carecer de precedentes normativos o doctrinarios y menos de un marco legal adecuado que precise sus alcances, lo cual da lugar a que los contratados bajo la mencionada modalidad se encuentren muchas veces en un verdadero limbo legal, generándose problemas frecuentes originados en la aplicación incoherente de principios extrapolados de la función pública, del régimen laboral ordinario, e incluso del derecho civil.

Por tanto se considera indispensable que en una futura reforma legislativa se precise que la entidad empleadora puede ejercer respecto de estos servidores todas las atribuciones propias de su condición de tal, como el control de ingreso y salida, exigencias de puntualidad, asiduidad y eficiencia, la imposición de sanciones disciplinarias, etc. A la vez que se les sujeta a un régimen especial que tiene sustento constitucional (remuneración mínima, jornada máxima legal, descansos, remuneraciones, etc.), o en instrumentos internacionales vinculantes para el Perú como son los convenios ratificados de la OIT.

5. Evaluación de la situación actual.

Los lineamientos básicos del Decreto Legislativo N° 276 que regula las bases de la Carrera administrativa en el Perú, continúan formalmente vigentes; sin embargo hay síntomas evidentes de inadecuación entre norma y realidad. La legislación ha abierto otras opciones de contratación de personal para las entidades públicas y las prácticas administrativas han determinado que en la actualidad coexistan principalmente tres regímenes de contratación de personal : el Decreto Legislativo N° 276 de la Carrera Administrativa; el régimen laboral privado, y los contratos de

locación de "servicios no personales", con los problemas de falta de certeza y coherencia que ello significa.

Dicha situación es más grave si se suma al diagnóstico la enorme dispersión salarial existente en el sector público, generada por las restricciones presupuestales, la inflexibilidad del sistema de remuneraciones de la Carrera Administrativa o el efecto reflejo que hasta antes de la reciente reforma constitucional ha tenido sobre los pensionistas del denominado régimen de la cédula viva", que determina que todo aumento en las remuneraciones de un trabajador activo beneficie simultáneamente también a los pensionistas, limitando la capacidad para incrementar las remuneraciones y establecer los mecanismos por los cuales se premie el buen desempeño y el mejoramiento de la eficiencia de los trabajadores activos.

6. PERSPECTIVAS DE REFORMA.

Las severas deficiencias del régimen del personal al servicio de la administración pública en el Perú que se manifiesta en la falta de una efectiva carrera administrativa basada en los méritos académicos y profesionales, la ausencia de una adecuada política de formación de los servidores públicos y la coexistencia de hasta tres regímenes de contratación de personal, anteriormente comentado, situación que ha generado que en base a una propuesta del Poder Ejecutivo el Congreso de la República apruebe la Ley 28175 Marco del Empleo Público en febrero del año 2004 la que tiene por finalidad establecer las bases para crear un sistema orgánico para la gestión del empleo público con el objetivo proclamado de consolidar una administración pública profesional, unitaria y descentralizada.

Entre los aspectos más resaltante de dicha ley se cuenta: (i) Comprende al personal de todas las entidades administrativas, cualquiera fuera su régimen actual (función pública, laboral privado, o meramente contractual), a excepción de los sujetos a regímenes funcionariales especiales (fuerzas armadas, policía nacional, etc.) quienes conservan su propio régimen y de los trabajadores de las empresas del Estado ; (ii) se establece una relación de principios que regulan el empleo público entre los que se cuenta legalidad, imparcialidad, eficiencia, probidad, mérito y capacidad, entre otros; (iii) se establecen reglas para que el acceso a la función pública se realice en base a méritos y/o capacidades profesionales de las personas, con sujeción al principio de transparencia y conforme al derecho constitucional de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad, con la finalidad de eliminar la discrecionalidad política en la contratación de empleados públicos que ha tenido nocivas consecuencias en nuestra experiencia política y que constituye una permanente tentación para todos los gobiernos; (iv) se propone la creación de un sistema de gestión del empleo público que permita una planificación armónica y coordinada entre las entidades administrativas encargándosele la dirección del sistema al Consejo del Empleo Público- COSEP en calidad de órgano rector como entidad adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros; (v) se establece una relación de deberes generales para el personal al servicio de la administración pública (prohibición de desempeñar dos o más cargos públicos, obligación de cautelar los bienes del Estado, actuar con transparencia y probidad, etc.) y finalmente (vi) se contempla la creación del Tribunal del Empleo Público (tribunal administrativo) como órgano del Consejo Superior del Empleo -COSEP, para constituir la última instancia administrativa respecto de las reclamaciones y controversias que versen sobre el régimen que se propone aprobar contenido en el proyecto de ley.

La Ley Marco del Empleo Público responde a la necesidad acuciante de brindar un nuevo marco legal que reformule la regulación del régimen de la función pública, que en nuestras dos últimas Constituciones peruanas ha merecido un tratamiento relevante en un Capítulo especial de cada uno de las mencionadas Cartas. Para que pueda desarrollarse plenamente cualquier política de reforma de la administración pública se requiere contar con un marco legal que permita captar personal debidamente capacitado y que otorgue los instrumentos jurídicos que permitan a las entidades la realización de políticas de personal en armonía con los objetivos de mejora de la eficiencia en beneficio de los ciudadanos.

No compartimos determinados aspectos de la norma que se derivan de la tendencia explicitada en la exposición de motivos del respectivo Proyecto de Ley que enfatiza la laboralización del empleo público, toda vez que se considera de manera expresa como una de las prioridades la necesidad de protección de los derechos laborales de los servidores. Sin perjuicio de que no podemos dejar de estar de acuerdo en el reconocimiento de los derechos que corresponda legalmente a quienes brinden servicios en la administración pública, consideramos que la diferencia que existe entre un trabajador sujeto al régimen de la actividad privada y uno que pertenezca a la carrera administrativa no se encuentra en la condición del empleador (que sea un particular, o en este caso el Estado), sino que se diferencia por lasa características de la prestación del servicio público, así como en atención de que el Estado se encuentra encargado de la gestión de los servicios públicos con fondos que pertenecen a la ciudadanía.

En tal sentido, a propósito de la nueva Ley Marco del Empleo Público me parece importante tener en cuenta que el personal que forma parte de la Administración Pública cumple una función esencial para satisfacer las necesidades de la población como parte del bienestar común, por lo que en toda regulación del régimen de los servidores o funcionarios públicos deben primar los principios necesarios para garantizar la prestación efectiva del servicio público. Como señala el profesor Luciano Parejo, con independencia de la opción política-legislativa adoptada en esta materia, el estatuto –régimen de la función pública– no deja de ser parte del régimen jurídico propio de la Administración. En ese sentido, afirma que la utilización instrumental del derecho común de las relaciones de trabajo por cuenta ajena, aún cuando llegue a ser amplia porque así lo permita la índole de las funciones a desempeñar en la Administración, nunca puede llegar a tener capacidad para inducir una mutación en el estatuto-régimen de la función pública, ni consecuentemente para convertir la relación de servicio en una relación laboral ordinaria[153].

A la fecha la citada Ley Marco del Empleo Público N° 28175 no esta todavía vigente en el ordenamiento jurídico peruano porque su aplicación depende de que se aprueben las otras 5 leyes que deberán completar el nuevo régimen que la citada Ley Marco anuncia, tales leyes son:

1.- La ley de carrera del sector público.
2.- Ley de los funcionarios públicos y empleados de confianza.
3.- Ley del sistema de remuneraciones del empleo público.
4.- Ley de gestión del empleo público.
5.- Ley de incompatibilidades y responsabilidades.

Los proyectos de cuatro (4) de las citadas leyes han sido presentados por el Poder Ejecutivo peruano en junio del 2004 y están pendientes de ser analizados y discutidos en el Congreso de la

[153] Fondevila Antolín, Jorge. Constitución y Empleo Público. Prólogo de Luciano Parejo. Granada. Comares. 2000.

República[154]. No se ha presentado todavía el proyecto de ley que regula el sistema de remuneraciones del empleo público porque su viabilidad dependía de la aprobación de la reforma constitucional al régimen de las pensiones sujetas al régimen de la denominada "cédula viva", lo que como ha sido acotado anteriormente se ha producido recién en el mes de noviembre pasado, pero se sabe que esta bastante avanzada la elaboración del citado proyecto de ley.

Los citados proyectos de ley que dan contenido al nuevo régimen del empleo público en el Perú han sido elaborados con el propósito de sintonizar con el proceso de modernización de la Administración Pública que persigue lograr una Administración eficiente al servicio de los ciudadanos. Se propone establecer un nuevo régimen jurídico de carrera administrativa que constituya el denominador común para el personal de los tres niveles de gobierno (terminar con la dispersión de regímenes) pero que la vez respete las singularidades de carreras especializadas, como lo dispone la propia ley marco del empleo público. El objetivo es crear las condiciones para la profesionalización de los empleados públicos con el fin de generar su especialización en el manejo de los asuntos públicos, por ello se potencia la carrera administrativa en especial las reglas sobre ingreso, capacitación y evaluación del mérito, siguiendo los estándares internacionales aprobados por las dos últimas reuniones de ministros latinoamericanos dedicados a la reforma administrativa[155].

Los principios que han inspirado la elaboración de los proyectos de ley han sido:

– La profesionalización de la función pública.
– El acceso al empleo público de acuerdo a capacidades.
– Permanencia y progresión basadas en el mérito
– Racionalidad en la estructura de la carrera.
– Evaluación de desempeño periódica, objetiva e imparcial.
– Capacitación y desarrollos continuos como requisito de ascenso.
– Garantía de permanencia en el servicio.
– Establecimiento de un régimen disciplinario justo, eficaz y eficiente para los servidores públicos.
– Contratación transparente de funcionarios y empleados de confianza asegurando exigencias de profesionalidad y ética.
– Gestión de recursos humanos que genere condiciones apropiadas para el mejor desempeño de las labores de los empleados públicos, a través de procesos técnicos e instrumentos de gestión adecuados.

Se consideran ejes fundamentales de la futura reforma del empleo público los siguientes:

a) La Profesionalización, que significa:

– Conseguir que el personal al servicio del Estado y la propia organización estatal adquieran una serie de atributos como idoneidad, mérito, objetividad, vocación de servicio, orientación a resultados, honestidad, responsabilidad y adhesión a valores democráticos.

[154] Los referidos proyectos de ley y sus respectivas exposiciones de motivos en cuya elaboración hemos tenido oportunidad de colaborar desde el cargo público que desempeño actualmente se pueden revisar en: www.pcm.gob.pe

[155] Nos referimos a la "Declaración de Santo Domingo: IV Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado", realizada en Santo Domingo en junio del 2002 y a la "Carta Iberoamericana de la Función Pública" aprobada por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado realizada en Santa Cruz - Bolivia en junio del 2003, que se pueden leer en: www.clad.org.ve

– Implantar una política de Estado, es decir, un proceso permanente que trasciende la gestión de un Gobierno y se extiende a todo lo largo del período requerido para su definitiva institucionalización.

b) La Modernización, que implica:

– Generar una función pública adecuada para una Administración Pública moderna que de respuesta a las demandas de los ciudadanos.

– Fortalecer la capacidad del Estado para actuar como agente del progreso y del bienestar global.

– Responder al desafío que significan procesos como la globalización, el desarrollo de nuevas tecnologías y la descentralización que implican cambios sustanciales en el papel y funcionamiento del Estado.

c) La Calidad, que tiene como consecuencia:

– Que el foco principal del proyecto modernizador sea la satisfacción de las necesidades de los usuarios o destinatarios de la gestión pública.

– Que la aplicación de los principios, reglas y procedimientos técnicos contenidos en los proyectos de ley presentados por el Poder Ejecutivo peruano se constituyan en el catalizador para la introducción de una nueva cultura de calidad en el funcionamiento de la Administración Pública.

d) La Transparencia, que conlleva:

– Colocar la información sobre el quehacer de la Administración Pública al alcance de todos los ciudadanos, superando la tradicional cultura del secretismo, ajena a un orden democrático moderno, razón por la cual los proyectos de ley recogen en diversos preceptos obligaciones de información y publicidad de los procesos técnicos de la carrera, de los criterios de evaluación y sus resultados, entre otros.

– Fomento de la participación y del control ciudadano de la gestión pública, tanto para mejorar los servicios a los destinatarios de esa gestión como para fortalecer la calidad del propio proceso democrático.

7. Las normas sobre probidad administrativa.

Como reacción al régimen autoritario y la grave corrupción pública que se generó durante el Gobierno del Ing. Fujimori en la década pasada se han dictado en los últimos años numerosos dispositivos para la garantía del comportamiento ético de quienes cumplen funciones públicas. Utilizando las categorías del maestro Jesús González Pérez[156] hoy en día en la legislación administrativa peruana existen normas constitucionales y un marco legal relativamente reciente compuesto por un conjunto de leyes que: establecen objetivos, imponen deberes o establecen principios que guían la actuación de los funcionarios públicos; reglas para impedir o sancionar los conflictos de interés sobre todo los de tipo económico; normas de procedimiento administrativo que regulan las causales de abstención o recusación de funcionarios, las prohibiciones al uso

[156] En "La Ëtica en la Administración Pública", Cuadernos Civitas, 2da. Edic, Madrid 2000. Pg. 88.

indebido de información previlegiada; normas que imponen limitaciones a las actividades anteriores y posteriores al desempeño de una función pública; reglas para impedir el nepotismo en el acceso a los cargos públicos; la obligación de permitir y promover la participación ciudadana mediante la convocatoria a audiencias públicas, normas sobre la obligación de los funcionarios públicos de alto nivel y de quienes administran fondos públicos de presentar declaración jurada de su patrimonio al asumir, durante y al cesar en su cargo; etc.

Como se puede apreciar, sin entrar a detalles que la extensión de este trabajo no lo permitirían, en el derecho peruano existen numerosas medidas destinadas a resguardar la ética dentro de la función pública, con el posible problema de que gran parte de las leyes que forman parte de dicho marco legal, dictado para garantizar la probidad administrativa, no han sido concordadas entre sí y hace falta una urgente sistematización de las mismas para evitar duplicidades y controversias que hagan cuestionar su aplicación.

Entre los proyectos de ley que conforman el paquete presentado por el Poder Ejecutivo para la reforma del régimen legal del personal al servicio de la Administración Pública se encuentra la "Ley de incompatibilidades y responsabilidades del personal del empleo público", que ha tenido como uno de sus principales objetivos compilar en un solo texto legal la legislación ahora dispersa sobre probidad pública y la mejora de la misma, teniendo en cuenta que en los últimos años en el ámbito interamericano y mundial se han adoptado diversos instrumentos internacional como: La Convención Interamericana contra la Corrupción y en el ámbito de Naciones Unidas el "Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley", documentos que establecen obligaciones para los Estados suscriptores de legislar y hacer cumplir sus preceptos en los respectivos ordenamientos.

XIII. EL URBANISMO, MEDIO AMBIENTE Y LA ORDENACIÒN DEL TERRITORIO.

El urbanismo y la ordenación del territorio han sido materias que no han merecido hasta la fecha por parte de la dogmática del Derecho Administrativo Peruano la misma atención que ha recibido en otros países.

La Constitución otorga competencia a los Gobiernos Regionales en el numeral 7) de su artículo 192° para "*promover y regular actividades y/o servicios en materia de.....medio ambiente...*" y a los Gobiernos Locales (municipalidades) en el numeral 6) del artículo 195° les reconoce competencia para : "*Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial*", y en el numeral 8) del mismo precepto les confiere una potestad similar a la de los Gobiernos Regionales para : "Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de.....medio ambiente.....".

La ley N° 27868 Orgánica de Gobiernos Regionales en su artículo 53° consagra las potestades de las citadas entidades de gobierno territorial en materia ambiental y de ordenamiento territorial. En particular les atribuye competencia para:

a) Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas en materia ambiental y de ordenamiento territorial, en concordancia con los planes de los Gobiernos Locales.

b) Implementar el sistema regional de gestión ambiental, en coordinación con las comisiones ambientales regionales.

c) Formular, coordinar, conducir y supervisar la aplicación de las estrategias regionales respecto a la diversidad biológica y sobre cambio climático, dentro del marco de la estrategias nacionales respectivas.

d) Proponer la creación de las áreas de conservación regional y local en el marco del Sistema Nacional de Áreas Protegidas.

e) Promover la educación e investigación ambiental en la región e incentivar la participación ciudadana en todos los niveles.

f) Planificar y desarrollar acciones de ordenamiento y delimitación en el ámbito del territorio regional y organizar evaluar y tramitar los expedientes técnicos de demarcación territorial, en armonía con las políticas y normas de la materia.

g) Participar en el diseño de los proyectos de conformación de macrorregiones.

h) Controlar y supervisar el cumplimiento de las normas, contratos, proyectos y estudios en materia ambiental y sobre uso racional de los recursos naturales, en su respectiva jurisdicción. Imponer sanciones ante la infracción de normas ambientales regionales.

i) Formular planes, desarrollar e implementar programas para la venta de servicios ambientales en regiones con bosques naturales o áreas protegidas.

j) Preservar y administrar, en coordinación con los Gobiernos Locales, las reservas y áreas naturales protegidas regionales que están comprendidas íntegramente dentro de su jurisdicción, así como los territorios insulares, conforme a Ley.

Respecto de las municipalidades el artículo 42° de la Ley N° 27783 de Bases de la Descentralización les confiere competencias exclusivas para:

"a) Planificar y promover el desarrollo urbano y rural de su circunscripción y ejecutar los planes correspondientes;

b) Normar la zonificación, urbanismo, acondicionamiento territorial y asentamientos humanos;....."

Asimismo en el inciso d) del artículo 43° establece que las municipalidades tienen competencias compartidas con los otros niveles de Gobierno en materia de "*Preservación y administración de las reservas y áreas naturales protegidas locales, la defensa y protección del medio ambiente*".

La Ley N° 27972 Orgánica de Municipalidades es prolija en la regulación de las competencias referidas a Organización del espacio físico, urbanismos y protección y conservación del ambiente. Señala que corresponde con carácter exclusivo a las Municipalidades provinciales : (i) Aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial de nivel provincial, que identifique las áreas urbanas y de expansión urbana, así como las áreas de protección o de seguridad por riesgos naturales; las áreas agrícolas y las áreas de conservación ambiental; (ii) Aprobar el Plan de Desarrollo Urbano, el Plan de desarrollo rural, el Esquema de Zonificación de áreas urbanas, el Plan de Desarrollo de Asentamientos urbanos y demás planes específicos de acuerdo con el Plan de Acondicionamiento Territorial (art. 79°). Correlativamente a las municipalidades distritales les corresponde aprobar el plan urbano o rural distrital, según corresponda, con sujeción al plan y a las normas municipales provinciales sobre la materia.

En el ordenamiento jurídico peruano no existe como en otros países una ley nacional que establezca el régimen general del ordenamiento territorial o del suelo, mas bien como se puede apreciar de las normas glosadas, la competencia sobre las citadas materias ha sido conferida en parte a los Gobiernos Regionales pero el rol principal se ha otorgado tradicionalmente a las Municipalidades Provinciales en sus respectivas circunscripciones las que son autónomas para

decidir sobre la ordenación (acondicionamiento) del territorio y planificación urbana (destino de los suelos). En la regulación de estas materias existen diversas normas dictadas por las propias municipalidades que establecen mecanismos de participación ciudadana, vía la realización de audiencias públicas y otras modalidades de publicidad y participación, con carácter específico para la aprobación de los planes de acondicionamiento territorial y desarrollo urbano, para la aprobación del correspondiente plan urbano distrital y para los cambios de los planos de zonificación por las municipales distritales[157].

En lo que respecta al medio ambiente la Constitución peruana a la par que consagra el derecho fundamental de toda persona "*a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida*" (art. 2°, numeral 22) y por ende susceptible de protección jurisdiccional mediante los procesos constitucionales de tutela de derechos constitucionales que hemos comentado anteriormente, dedica un capítulo titulado "*Del ambiente y los recursos naturales*" en el que establece que corresponde al estado determinar la política nacional del ambiente (art 67°), le asigna la obligación de promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas (art. 68°), así como promover el desarrollo sostenible de la Amazonía (art. 69°).

La regulación legislativa de carácter nacional en materia ambiental ha sido especialmente prolija en los últimos años en consonancia con las preocupaciones ciudadanas sobre dicha materia. Se cuenta con un Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales[158] que asigna un rol preponderante a la participación del ciudadano, o de organizaciones de ciudadanos, en la acción administrativa para la defensa del medio ambiente en tanto que se trata no sólo de un derecho constitucional subjetivo como se ha comentado en el párrafo anterior, sino principalmente un bien jurídico de carácter colectivo, es decir un derecho de la comunidad en su conjunto, cuya tutela se encarga a los propios ciudadanos en cuanto integrantes de la comunidad y al Estado[159], con la singularidad anotada por Blanca Lozano[160] de que "...una de las paradojas que enfrenta el derecho ambiental es que la Administración a quien el ordenamiento jurídico encomienda la función de velar por el medio ambiente puede aparecer también, y aparece con frecuencia, como agresora de ese mismo bien jurídico".

Sin perjuicio de las competencias sectoriales que corresponde a cada Ministerio en materia ambiental, en el Perú corresponde al Consejo Nacional del Ambiente-CONAM el rol de autoridad ambiental nacional y ente rector del sistema de gestión ambiental y de la política nacional ambiental. Es un organismo público descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Minis-

[157] Ordenanza N° 620 de la Municipalidad Metropolitana de Lima, publicada el 4 de abril del 2004.

[158] Aprobado mediante Decreto Legislativo N° 613, publicado el 8 de setiembre de 1990 y que ha sido objeto de varias modificaciones. Aparte del citado Código las leyes mas importantes en materia ambiental son las siguientes: la Ley N° 26821 Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales de 26 de junio de 1997; la Ley N° 26834 de áreas naturales protegidas de 30 de junio de 1997, la Ley N° 27314 General de residuos sólidos de 21 de julio del 2000, la Ley N° 27446 del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental de 23 de abril del 2004, la Ley N° 28245 Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental de 8 de junio del 2004, la Ley N° 28256 que regula el Transporte Terrestre de Materiales y Residuos Peligrosos de 18 de junio de 2004 y la Ley N° 28271 que regula los pasivos ambientales de la actividad minera de 2 de julio de 2004.

[159] Código del Medio Ambiente, art. 1° Título Preliminar. "*...Es obligación del Estado mantener la calidad de vida de las personas a un nivel compatible con la dignidad humana. Le corresponde prevenir y controlar la contaminación ambiental y cualquier proceso de deterioro o depredación de los recursos naturales que pueda interferir en el normal desarrollo de toda formad e vida y de la sociedad. Las personas están obligadas a contribuir y colaborar inexorablemente con estos propósitos*".

[160] En: Derecho Administrativo Ambiental. Dykinson. 2da. Edición. Madrid, 2001. pg. 104.

tros. Le corresponde dirigir, coordinar, proponer y evaluar la Política Nacional Ambiental y el Plan y la Agenda Nacional Ambiental, los que son de cumplimiento obligatorio por las entidades del Gobierno Nacional, y los Gobiernos Regionales y Locales en el ámbito de sus competencias ambientales.

Le corresponde también al CONAM dirigir el Sistema Nacional de Gestión Ambiental que se constituye sobre la base de las instituciones estatales, órganos y oficinas de los distintos ministerios, organismos públicos descentralizados e instituciones públicas a nivel nacional, regional y local que ejerzan competencias y funciones sobre el ambiente y los recursos naturales; así como por los Sistemas Regionales y Locales de Gestión Ambiental, contando con la participación del sector privado y de la sociedad civil y cuyo objetivo o finalidad es orientar, integrar, coordinar, supervisar, evaluar y garantizar la aplicación de las políticas, planes , programas y acciones destinados a la protección del ambiente y contribuir a la conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

XIV. LOS BIENES PÚBLICOS.

En el ordenamiento jurídico peruano se distingue entre los bienes denominados de propiedad o de dominio privado del Estado y de los bienes de dominio público, estos últimos consagrados por el artículo 73° de la Constitución[161].

La diferenciación entre dichas dos clases de bienes, radica principalmente en la diversidad del sistema de protección y la forma de su utilización, porque los bienes de dominio público son aquellos que están destinados al uso general de los habitantes de un territorio o servicio público sobre los que el Estado únicamente ostenta simples poderes de policía, de guarda y de vigilancia y respecto de los cuales se ha establecido un régimen de protección exorbitante (inalienabilidad e imprescriptibilidad), mientras que los bienes de dominio privado del Estado no sólo están destinados al servicio de la comunidad porque están puestos principalmente al servicio del Estado para u uso directo, en la misma forma que están los bienes de propiedad privada en beneficio de su dueño.

Esta distinción ha sido recogida en los dos primeros considerandos (fundamentos) de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional peruano con fecha 30 de enero de 1997 en el Proceso de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 26599 que modificó el artículo 648° del Código Procesal Civil en la que el referido organismo constitucional señalo expresamente lo siguiente:

"*Que los bienes del Estado se dividen en bienes de dominio privado y bienes de dominio público: sobre los primeros el Estado ejerce su propiedad como cualquier persona de derecho privado; sobre los segundos ejerce administración de carácter tuitivo y público*".

"*El artículo 73° de la Constitución Política del Estado establece que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles, deduciéndose de ello que* (los bienes de dominio privado) *no gozan de aquellas inmunidades que la Constitución otorgó únicamente a los bienes de dominio público*".

[161] *Art. 73°.-" Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico".*

No obstante la diferenciación anotada entre los bienes del dominio privado del Estado y los que forman parte del dominio público, la determinación precisa de que bienes forman parte de uno u otra categoría puede ser un tema sujeto a controversias. Esta situación se ha agravado en los últimos años debido a que muchas veces el Gobierno ha pretendido manipular el concepto de bienes de dominio público para asignarlo injustificadamente a bienes que no merecen dicha calificación jurídica, a fin de que no puedan se objeto de medidas de ejecución judiciales para el cumplimiento de sentencias de condena contra la Administración Pública.

En la actualidad existen diversos dispositivos legales que asignan el régimen jurídico de los bienes de dominio público a determinados bienes, tal es el caso de la ley de recursos naturales los que conforme al artículo 66° de la Constitución son considerados "*Patrimonio de la Nación*", de la ley general de aguas que de manera imperfecta señala que las aguas "*son propiedad del Estado*", de los hidrocarburos sin explotar o extraer del subsusuelo que la ley de la materia también señala que "*son propiedad del Estado*", de las playas del litoral que conforme a la ley de playas son "bienes de uso público, inalienables e imprescriptibles, de los recursos forestales, entre varios otros ejemplos de bienes

La carencia de una ley que regule el régimen general de los bienes de dominio público ha querido ser suplida en parte por denominado "Reglamento General de Procedimientos Administrativos de los Bienes de Propiedad Estatal" aprobado mediante Decreto Supremo N° 154-2001-EF de 17 de julio del 2001, verdadero ejemplo de reglamento autónomo que no desarrolla ninguna norma legal de mayor jerarquía, cuyo objetivo central es regular el régimen de administración de los bienes patrimoniales del Estado. Sin embargo el Reglamento citado es el único dispositivo legal que en el ordenamiento jurídico peruano aporta con carácter general una definición-caracterización de los bienes de dominio público:

Artículo II.- Bienes de dominio público

Son bienes de dominio público:

a) Los bienes destinados al uso público, constituidos por las obras públicas de aprovechamiento o utilización general, cuya conservación y mantenimiento le corresponde a una entidad estatal.

b) Los bienes de servicio público, que son aquéllos destinados directamente al cumplimiento de los fines públicos de responsabilidad de las entidades estatales; así como los bienes destinados directamente a la prestación de servicios públicos o administrativos.

c) Los bienes reservados y afectados en uso a la defensa nacional.

d) Todos aquéllos a los que por ley se les confiera tal calidad.

Sobre los bienes de dominio público, el Estado ejerce su potestad reglamentaria, administrativa y de tutela conforme a ley.

En el caso de las municipalidades su respectiva Ley N° 27972 Orgánica contiene un Capítulo dedicado al régimen de los bienes municipales , que aparte de definir que bienes son de propiedad municipal y establecer reglas para su registro, administración, disposición, control y mecanismos para otorgar su aprovechamiento a particulares mediante concesiones u otras figuras, precisa que bienes están sujetos al régimen de dominio público: "*las vías y áreas públicas, con subsuelo y aires son bienes de dominio y uso público*" (art. 56°), también "*Las playas, ríos, manantiales, corrientes de agua, así como los lagos, son bienes de uso público...*" (art. 62°).

En el Perú la caracterización de los bienes que administra el Estado a través de los tres niveles de Gobierno antes descrito ha adquirido especial relevancia en los últimos años debido al decidido proceso de privatización de bienes, empresas y activos del Estado y de otorgamiento de

concesiones sobre bienes que conforman la infraestructura de transporte (puertos, carreteras, aeropuertos, etc.) y otros que se inició desde el año 1993 , lo que ha puesto de relieve la necesidad de precisar el régimen de los bienes que el Estado tiene a su cargo administrar a fin de que los contratos de promoción de la inversión privada para la explotación principalmente de los bienes de dominio público se adecúen a dicho régimen.

En lo referido a la potestad de expropiación este se encuentra reconocido por el artículo 70° de la Constitución con el siguiente tenor:

"Artículo 70°.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio".

De una lectura de la norma citada puede concluirse que, si bien se establece como principio constitucional la inviolabilidad del derecho de propiedad, el mismo no es absoluto, ya que la norma fundamental ha contemplado un mecanismo de excepción, en virtud del cual -basándose en causales determinadas y a través de un procedimiento específico- el Estado está facultado a privar del citado derecho a sus titulares. Tal mecanismo es la expropiación.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2° de la ley de la materia, la expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por Ley expresa del Congreso a favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de una indemnización justipreciada que incluye una compensación por el eventual perjuicio. La definición establecidan por la citada ley recoge los elementos de la expropiación consignados en la Constitución, y puede ser complementada con la concepción sostenida por la doctrina, para la cual la expropiación es el apoderamiento de la propiedad ajena que el Estado, u otra corporación o entidad pública, llevan a cabo por motivos de utilidad general o interés social, y abonando justa y previa indemnización.

Contrario a lo que pudiera suponerse de la definición del mecanismo, es necesario tener presente que la expropiación, además de ser un mecanismo teniente a posibilitar al Estado el cumplimiento de determinados fines mediante la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, constituye una garantía para el propietario. En efecto, la expropiación constituye el único mecanismo en virtud del cual -y sólo cuando se configuran todos los requisitos para su procedencia- se puede privar válidamente al titular de la propiedad del ejercicio de su derecho. Todo otro procedimiento (incluyendo una expropiación llevada a cabo sin que reúna todos los requisitos de procedencia) o acción que prive a alguien del ejercicio de su derecho a la propiedad sobre determinado bien, es nulo e inconstitucional.

En una apretada síntesis –y sólo a modo de introducción-, el procedimiento de expropiación en general, puede ser descrito del modo siguiente: a) El Congreso o su equivalente promulga una Ley autorizando la expropiación de uno o varios bienes, basándose en las causales que para tal efecto han sido establecidas; b) en virtud de la Ley autorizativa, el órgano estatal competente procede a la ejecución de la expropiación a través de la vía procedimental correspondiente; c) con el pago del justiprecio al particular afectado por la expropiación, se da por concluida la transferencia del bien o bienes.

La expropiación sólo podrá ser autorizada, en cada caso, por Ley expresa del Congreso, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales. Tales disposiciones introducen

tres importantes innovaciones en relación al régimen legal precedente a) el Congreso no puede autorizar expropiaciones para determinada generalidad de casos, debiendo expedir una Ley autorizativa para cada caso concreto; b) la Ley autorizativa de la expropiación sólo podrá ser promulgada a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales; c) el Poder Ejecutivo no es el único detentador de la potestad de presentar iniciativas legislativas de expropiación.

En cada Ley autorizativa deberá señalarse, por lo menos, lo siguiente: a) la razón de necesidad pública o seguridad nacional que justifica la expropiación; b) el uso o destino que se dará al bien o bienes a expropiarse.

La expropiación debe fundarse necesariamente en una de las siguientes causales:

Necesidad Pública.- En líneas generales, la necesidad pública está relacionada con la urgencia que representa para la sociedad en su conjunto el hacer o no hacer determinada cosa.

Seguridad Nacional.- La seguridad nacional tiene relación con la protección que debe darse a la sociedad y al Estado frente las amenazas exteriores o internas. Es posible considerar que el contenido de esta causal pueda comprender el caso de guerra y el de calamidad pública.

AO DIREITO ADMINISTRATIVO PORTUGUÊS[1]

[1] JOÃO CAUPERS, *Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Director da Faculdade*

I. O DIREITO ADMINISTRATIVO PORTUGUÊS MODERNO: NASCIMENTO, EVOLUÇÃO E FONTES

1.1. É habitual fazer remontar as origens do moderno direito administrativo português ao anos de 1832, quando o governo liberal do rei D. Pedro IV se encontrava sediado na ilha da Terceira. O país vivia então uma guerra civil, que só terminaria dois anos depois, com a vitória dos liberais.

Todavia, a influência das novas concepções políticas nascidas com a Revolução Francesa –nomeadamente o princípio da separação de poderes, tal como o teorizara Montesquieu– já se haviam começado a fazer sentir em Portugal, primeiro com o governo de ocupação francês, liderado pelo General Junot, em princípios do século XIX, depois com a aprovação da primeira Constituição Portuguesa, em 1820.

Mas foi no ano de 1832 que foram publicados os célebres Decretos n °s.23, 24 e 25, que procederam à reorganização da justiça, da administração pública e da administração tributária, segundo um modelo tão "francês", que até o preâmbulo dos diplomas foi parcialmente traduzido de um manual de direito administrativo escrito naquela língua[2].

Fez então a sua entrada em Portugal o chamado *sistema de administração executiva*, inspirado nas seguintes ideias principais:

– sujeição da administração pública a regras próprias, originalmente de fonte jurisprudencial, que vieram a constituir um novo ramo do direito, o direito administrativo;

– poder conferido à administração pública, em áreas mais ou menos extensas da sua actividade, de tomar decisões susceptíveis de se projectarem na esfera jurídica de terceiros sem prévia validação de um tribunal;

– controlo da administração pública por tribunais especiais, os tribunais administrativos.

O direito administrativo português tem como fonte primeira a CRP.

Se não parece demasiado complexo apontar o sentido da distinção, no plano material, entre normas de direito constitucional e normas de direito administrativo, associando as primeiras aos aspectos fundamentais da estruturação da colectividade –designadamente no que respeita aos intervenientes na vida política desta– e ligando as segundas à organização administração pública, ao exercício da actividade administrativa pública e ao relacionamento desta com os cidadãos, já a distinção no plano

[2] Tratou-se da obra de Charles-Jean BONNIN, *Abrégé des principes d'administration*, cuja terceira edição foi publicada em Paris, em 1829.

formal é mais complicada: de facto, encontram-se na CRP inúmeras normas que fazem parte do direito administrativo, como ocorre com o artigo 199.º (competência administrativa do Governo), com os artigos 235.º a 265.º (autarquias locais) e com os artigos 266.º a 272.º (administração pública). Esta circunstância não deve causar estranheza, uma vez que a lei fundamental (por isso que é *fundamental*) contém normas estruturadoras dos diversos ramos do direito – do direito penal ao direito fiscal, do direito do trabalho ao direito da família. Pode mesmo dizer-se, por isso, que o direito constitucional tem uma natureza diversa da de todos os outros ramos do direito.

Num plano inferior à Constituição, encontramos uma enorme massa de leis – leis da Assembleia da República, decretos-leis do Governo, decretos legislativos regionais, (das regiões autónomas dos Açores e da Madeira) – que constituem o grosso das fontes de direito administrativo.

Mas não só o direito nacional português constitui fonte do direito administrativo aplicável em Portugal. Existe já um significativo conjunto de regras jurídicas de produção comunitária que delineiam os traços e estabelecem os princípios de um direito administrativo europeu. O núcleo duro deste direito é sobretudo constituído pelas normas comunitárias relativas à contratação pública e pelas normas de protecção ambiental, constantes de diversas instrumentos normativos, que têm influenciado decisivamente as legislações nacionais dos diversos Estados membros da União Europeia.

O volume das normas de direito administrativo é imenso: à medida que o Estado foi penetrando na complexa teia do tecido social, alargando a sua intervenção a áreas cada vez maiores, o direito administrativo foi crescendo exponencialmente. A sua codificação global não é, pois, realizável. Contudo, Portugal tem uma antiga tradição – que remonta aos primórdios do constitucionalismo – de codificação do direito da administração local, tradição que se projectou na sucessão de Códigos Administrativos publicados durante os séculos XIX e XX, mas que se perdeu depois de 1974.

Em época mais recente surgiu e desenvolveu-se um movimento, no sentido da codificação do direito adjectivo da administração pública – com inúmeros exemplos no direito comparado –, que esteve na origem do Código do Procedimento Administrativo de 1992, revisto em 1996.

Por último, a regulamentação legal do contencioso administrativo, antes dispersa e incoerente, foi muito recentemente reformada e resistematizada em dois diplomas legais – o novo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais e o Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

1. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

Como corolário da separação de poderes, o princípio da legalidade recebeu o estatuto de princípio fundamental do direito administrativo: a administração pública passou a ter de fundar as suas actuações, qualquer que seja a respectiva natureza, na lei. Os cidadãos –agora já não súbditos– passaram a ser titulares de direitos face à administração pública e a dispor de instrumentos, nomeadamente judiciais, para os fazerem valer.

O princípio da legalidade perdeu brilho durante os períodos em que Portugal esteve sujeito a regimes políticos autoritários, chegando a apresentar um valor quase simbólico, como sucedeu durante o chamado «Estado Novo» (1926-1974).

Hoje, após a revolução democrática de 1974, na época do Estado social de direito, o princípio apresenta os seguintes traços:

a) O primado da lei sobre a administração deixa de assentar numa legitimidade diferente – e inferior - desta, uma vez que uma e outra se fundam na Constituição (para os liberais, o primado da lei sobre a administração era um corolário da superioridade da legitimidade parlamentar, assente no sufrágio, sobre a legitimidade do rei, de carácter dinástico);

b) Em consequência, a reserva de lei já não traça a fronteira entre a legislação e a administração, mas entre a competência legislativa do parlamento e a do governo;

c) O conceito de lei geral e abstracta entra em crise, aparecendo, ao lado da *Rechtgesetz*, a *Massnahmegesetz,* a lei-medida ou lei-providência;

d) Desaparece o conceito de lei em sentido material enquanto referido ao estatuto de liberdade dos cidadãos, tornando-se crescentemente difícil a distinção entre a lei e o regulamento administrativo;

e) A subordinação da administração pública à lei passa a ser entendida como subordinação ao «bloco legal», isto é, a um vasto conjunto integrado pela Constituição, pelos princípios gerais, pelo direito internacional, pelo direito da União Europeia, pelas leis ordinárias, pelos regulamentos, pelos contratos administrativos, enfim, por muitos comportamentos administrativos unilaterais susceptíveis de consolidar situações jurídicas dos particulares.

O primado da lei reveste duas facetas: uma primeira, negativa, traduz-se na circunstância de os órgãos e agentes da administração pública não poderem praticar actos contrários à lei; outra, positiva (também designada por *precedência da lei*), consubstancia-se na necessidade de habilitação legal para os actos da administração pública.

A conformidade da actividade administrativa pública com o princípio da legalidade – e com outros princípios – que deve respeitar impõe a existência de instrumentos e mecanismos adequados de controlo. Estes podem operar no interior da administração pública ou fora dela.

a) No primeiro caso, temos o *auto-controlo*, que aproveita a organização da administração pública e a respectiva actividade para a vigiar; surgem então as reclamações e os recursos administrativos, bem como a actividade dos órgãos inspectivos;

b) No segundo caso, temos o *hetero-controlo*, que observa a administração pública do lado de fora desta; aparecem então o controlo parlamentar e o controlo jurisdicional.

Forma peculiar de hetero-controlo é o controlo da legalidade financeira assegurado pelo Tribunal de Contas.

O Tribunal de Contas é um órgão do Estado que exerce simultaneamente competências que se inscrevem no âmbito da função jurisdicional e competências consultivas e de controlo situadas no âmbito da função administrativa. Por um lado, profere verdadeiras sentenças, as quais podem consistir, nomeadamente, na condenação de quem seja responsável pela utilização indevida de dinheiros públicos; por outro, dá parecer sobre a Conta Geral do Estado e as contas das regiões autónomas e fiscaliza e audita a gestão financeira das organizações públicas.

2. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O termo *proporcionalidade* corresponde, em matemática, a uma ideia de variação correlativa de duas grandezas; enquanto conceito jurídico-administrativo, as grandezas conexionadas são os benefícios decorrentes da decisão administrativa para o interesse público prosseguido pelo

órgão decisor e os respectivos custos, medidos pelo inerente sacrifício de interesses dos particulares (também se pode designar esta ideia por *racionalidade* da decisão).

O conceito jurídico-administrativo de proporcionalidade decompõe-se em três níveis de apreciação:

a) A *exigibilidade* do comportamento administrativo, tendo este de constituir condição indispensável da prossecução do interesse público;

b) A *adequação* do comportamento administrativo à prossecução do interesse público visado;

c) A *proporcionalidade* em sentido estrito ou *relação custos-benefícios,* isto é, a existência de uma proporção entre as vantagens decorrentes da prossecução do interesse público e os sacrifícios inerentes dos interesses privados.

O princípio da proporcionalidade, reconhecido no artigo 266.°, n.° 2, da CRP, obriga a administração pública a provocar com a sua decisão a menor lesão de interesses privados compatível com a prossecução do interesse público em causa.

3. Os princípios da igualdade, da imparcialidade e da boa fé

O **princípio da igualdade**, inscrito nos artigos 13.° e 266.°, n.° 2, da CRP, obriga a administração pública a tratar igualmente os cidadãos que se encontrarem em situação objectivamente idêntica e desigualmente aqueles cuja situação for objectivamente diversa. A principal dificuldade reside em que esta objectividade depende sempre dos valores prosseguidos pelo ordenamento jurídico. Essencial, para que este princípio seja respeitado, é, por um lado, que as diferenças de tratamento radiquem em critérios que apresentem uma conexão bastante com os fins a prosseguir com a regulação jurídica; por outro lado, que aqueles valores sejam considerados positivamente pelo ordenamento jurídico.

Este princípio envolve uma limitação ao exercício de poderes discricionários, constrangendo a administração pública à sua utilização uniforme em circunstâncias idênticas (a alínea d) do n.° 1 do artigo 124.° do CPA tem o objectivo de possibilitar a verificação do respeito por esta obrigação).

O **princípio da imparcialidade**, consagrado no artigo 266.o, n.° 2, da CRP, inscreve-se também no relacionamento da administração pública com os cidadãos: procura, por um lado, assegurar que a tomada da decisão administrativa leve em consideração todos os interesses, públicos e privados, relevantes –e só estes–, por outro, evitar que a prossecução de um interesse público se confunda com quaisquer interesses privados com que a actividade administrativa possa contender ou se possa envolver.

O princípio da imparcialidade determina que a administração pública não deve favorecer nem prejudicar especialmente nenhum interesse privado; para reduzir os riscos de tal tratamento privilegiado ou discriminatório, impõe o afastamento dos titulares dos órgãos e agentes da administração pública da resolução de assuntos susceptíveis de afectarem os seus interesses privados enquanto cidadãos.

A projecção prática do princípio concretiza-se nos impedimentos, nas escusas e nas suspeições:

– os impedimentos consubstanciam situações de proibição de intervenção (cfr. artigo 44.° do CPA);

– as escusas e as suspeições são situações em que não existe proibição absoluta de intervenção mas em que esta deve ser excluída por iniciativa do próprio titular do órgão ou agente – a escusa – ou do cidadão interessado – a suspeição (cfr. artigo 48.° CPA).

O **princípio da boa fé**, consagrado no artigo 6.º -A do CPA, não apresenta especificidade no que respeita à sua aplicação à administração pública. Sobressaem, porém, os dois limites negativos que ele coloca à actividade administrativa pública:

a) A administração pública não deve atraiçoar a confiança que os particulares interessados puseram num certo comportamento seu;

b) A administração pública também não deve iniciar o procedimento administrativo legalmente previsto para alcançar um determinado objectivo com o propósito de atingir um objectivo diverso, ainda que de interesse público.

III. A DISCRICIONARIDADE ADMINISTRATIVA

O termo discricionaridade remete-nos para a ideia de escolha, de fazer uma coisa quando se poderia ter feito outra. Melhor, quando a lei permitiria que se tivesse feito outra. Mas evoca também a ideia de escolha parametrizada, isto é, escolha dentro de certos limites.

A decisão discricionária tem de assentar numa racionalidade própria, susceptível de algum tipo de controlo; não pode radicar num capricho (isso seria uma escolha arbitrária, perfeitamente lícita quando feita por um cidadão, mas inaceitável se feita por um órgão da administração pública).

Os parâmetros a que deve obedecer a escolha discricionária podem delimitar um espaço maior ou menor, conferindo à decisão uma dose de liberdade muito variável.

Quanto maior for o espaço de liberdade deixado ao decisor, menores serão as vinculações da decisão – entenda-se, os aspectos desta condicionados de forma mais ou menos precisa pela lei. Discricionaridade e vinculação são, assim, dois «ingredientes» que qualquer decisão administrativa comporta, em proporções variáveis.

Para designar esta realidade, dizemos que qualquer decisão comporta o exercício de *poderes vinculados* e de *poderes discricionários*. Em rigor, os ditos poderes vinculados não são poderes mas verdadeiros deveres (os anglo-saxónicos designam o poder vinculado por *duty*); poderes (*powers,* para os anglo-saxónicos) são somente os poderes discricionários (não faz muito sentido dizer que se *pode* fazer algo que se *deve* fazer).

Podem distinguir-se dois grandes tipos de vinculações.

As vinculações a que chamamos *absolutas* são estabelecidas, de forma positiva, directa ou indirectamente, por regras jurídicas que, uma vez contrariadas, invalidam a decisão. Constituem exemplos destas vinculações:

– a competência para a tomada da decisão, a finalidade desta e os pressupostos factuais da mesma;

– o mesmo se diga da forma, quando legalmente fixada, e das formalidades que a lei as exija;

As vinculações que designamos por *tendenciais*, decorrem, de forma negativa, de normas constitucionais que estabelecem princípios condutores da actividade administrativa, condicionando toda e qualquer decisão administrativa que comporte uma qualquer margem de liberdade: princípios da prossecução do interesse público, da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos, da igualdade, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa fé e da justiça. Como estes princípios são padrões de optimização do comportamento administrativo, o juízo sobre o seu desrespeito

não é absoluto, isto é, a invalidade de uma determinada decisão depende de se poder considerar que ela não incorpora o grau de optimização exigível de um daqueles princípios.

Encontram-se sujeitos a este juízo de conformidade ou desconformidade tendencial com os princípios aspectos como a opção entre tomar e não tomar a decisão, o conteúdo desta, o momento da sua tomada e o modo da decisão (condições, termos, etc.).

Note-se que a ponderação dos aspectos vinculados da decisão administrativa não deve ser representada através de uma espécie de verificação instantânea efectuada no momento da consumação da decisão: não é neste momento que se deve verificar se a decisão respeita positivamente todas as vinculações absolutas e não ofende qualquer das vinculações tendenciais. Por força da crescente ritualização do procedimento administrativo, o espaço de liberdade da decisão vai-se estreitando ao longo do tempo, à medida que o *iter* procedimental vai sendo percorrido.

Este elemento temporal é indispensável para se avaliar a legalidade da decisão administrativa: o espaço decisional vai sendo delimitado por etapas sucessivas, balizadas pelas diferentes vinculações, podendo mesmo acontecer que a preocupação com o tempo conduza o decisor, na busca de uma harmonização oportuna dos interesses envolvidos, a praticar alguns actos administrativos que não representam ainda uma decisão em sentido próprio. Adiante se voltará a este ponto.

A discricionaridade não resulta de um esquecimento ou de uma incapacidade de previsão do legislador, mas de uma opção deste: considerou que, para melhor prosseguir um determinado interesse público, a administração pública deveria poder escolher um de entre vários conteúdos decisionais – aquele que, no entender do órgão decisor, melhor prosseguisse tal interesse. O legislador quis que este dispusesse de uma certa margem de liberdade de decisão, por forma a poder adaptar esta à diversidade das condições da vida que poderiam justificar a sua tomada.

A escolha discricionária não se confunde com a determinação do sentido e alcance da norma legal, designadamente no que respeita aos conceitos vagos e indeterminados: a interpretação jurídica é sempre uma actividade vinculada, no sentido de que o texto da norma apenas comporta *um* sentido e *um* alcance correctos; tudo o mais não serão interpretações alternativas, serão interpretações incorrectas.

O que pode suceder é que, interpretada correctamente uma norma de direito administrativo, se haja de concluir que o legislador, optando pela incompleição da regulação legal, confiou ao órgão decisor uma certa liberdade de apreciação das circunstâncias que rodeiam a tomada da decisão, concedendo-lhe alguma latitude.

Mas também pode resultar da análise da norma algo de diferente, isto é, a conclusão de que o legislador, utilizando conceitos vagos ou indeterminados, apenas quis obrigar o órgão decisor – ou quem quer que faça a aplicação da norma – ao respectivo preenchimento, por forma a possibilitar tal aplicação.

A primeira hipótese corresponde à discricionaridade, o mesmo não ocorrendo com a segunda, que se situa no domínio da vinculação. É comum identificar a primeira com a falta de controlo jurisdicional; esta identificação resulta da verificação de que a decisão que a lei não prescreve não pode ser objecto dos poderes de intervenção juiz.

O futuro da discricionaridade parece balizado por duas tendências de sinal contrário: enquanto a intensificação da intervenção do Estado na vida social e a crescente tecnicidade da acção administrativa são factores que favorecem a discricionaridade, já o aprofundamento e reforço das garantias dos cidadãos recomendam o estreitamento do campo da discricionaridade, alargando as vinculações e melhorando a eficácia dos princípios que a condicionam.

IV. O DEVER DE FUNDAMENTAR AS DECISÕES ADMINISTRATIVAS

A fundamentação da decisão administrativa é um factor indispensável para se controlar a legalidade desta, especialmente quando tomada com um grau de discricionaridade significativo. É por isso que a CRP (cfr. artigo 268.o, n.º 3) e o CPA (cfr. artigo 124.o) exigem que muitas decisões administrativas sejam fundamentadas. É a fundamentação que possibilita o diagnóstico de diversas patologias da decisão:

a) O desvio de poder, que se traduz na falta de correspondência entre os motivos principalmente determinantes da decisão e os fins para que a lei conferiu ao órgão decisor o poder de a tomar;

b) A ofensa dos princípios constitucionais da proporcionalidade, da igualdade, da imparcialidade e da boa fé;

c) As situações de erro de facto e de erro de direito.

Os artigos 124.º e 125.º do CPA são as principais disposições legais vigentes em Portugal em matéria de fundamentação.

O artigo 124.º enumera os actos administrativos que devem ser fundamentados; pode afirmar-se, em linhas gerais, que devem ser fundamentados:

a) Os actos desfavoráveis aos interessados (cfr. alínea a) do n.º 1);

b) Os actos que incidam sobre anteriores actos administrativos (cfr. alíneas b) e e) do nº.1);

c) Os actos que reflictam variações no comportamento administrativo (cfr. alíneas c) e d) do n.º 1).

O artigo 125.o, pelo seu lado, estabelece as regras a que deve obedecer a fundamentação:

a) Deve ser expressa;

b) Deve ser de facto e de direito, isto é, não só tem de indicar as regras jurídicas que impõem ou permitem a tomada da decisão, mas também há-de explicar em que medida é que a situação factual sobre a qual incide esta se subsume às previsões normativas das regras aplicáveis;

c) A fundamentação deve ainda ser clara, coerente e completa; quando a fundamentação não se consegue compreender, não é clara, é obscura; quando a fundamentação, sendo embora compreensível em si mesma, não pode ser considerada como pressuposto lógico da decisão, não é coerente, é contraditória; quando a fundamentação não é bastante para explicar a decisão, não é completa, é insuficiente.

A falta da indicação dos fundamentos de direito ou de facto, bem como a obscuridade, contradição ou insuficiência da fundamentação equivalem à sua falta (cfr. n.o 2 do artigo 125.o), com repercussões negativas no plano da validade do acto administrativo.

V. PODER DE DECISÃO UNILATERAL, PARTICIPAÇÃO DOS INTERESSADOS NA TOMADA DA DECISÃO E AUTOTUTELA EXECUTIVA

O *poder de decisão unilateral*, isto é, o poder conferido aos órgãos da administração pública de tomar decisões susceptíveis de afectarem a esfera jurídica dos cidadãos, definindo unilateral e autoritariamente o direito que consideram aplicável, sem a prévia intervenção de um tribunal, é uma característica dos sistemas de administração executiva, em que a actividade administrativa é ainda encarada, antes de mais, como um exercício de autoridade.

Esta afirmação é, todavia, cada vez menos verdadeira, multiplicando-se as situações em que a administração pública solicita e obtém a colaboração dos cidadãos na prossecução dos interesses públicos.

Essa colaboração, habitualmente referida sob as expressões administração participada, administração concertada ou administração contratualizada, assume três formas principais:

a) A intervenção dos cidadãos nos procedimentos administrativos tendentes à tomada de decisões susceptíveis de os afectarem (cfr. artigos 8.º e 100.º do CPA);

b) A consulta regular de órgãos e associações representativas de interesses de diversa ordem;

c) A outorga de contratos pelos órgãos administrativos.

O *poder de autotutela executiva* – em Portugal tradicionalmente designado «privilégio de execução prévia» - consiste no poder conferido à administração pública de, após ter definido o direito aplicável ao caso, impor as consequências de tal definição aos seus destinatários, mesmo contra a oposição destes e sem a prévia intervenção de um tribunal (é a chamada execução coerciva por via administrativa).

Na sua formulação tradicional, o poder de autotutela executiva autoriza sempre a execução coerciva por via administrativa. Nos dias de hoje é muito discutível que a autotutela executiva deva ser ainda considerada uma regra: diversos autores consideram que ela deveria ser considerada excepcional, limitada à matéria de polícia administrativa e aos casos em que a lei a previsse de forma expressa.

O CPA optou por uma posição próxima da formulação tradicional, estabelecendo a autotutela executiva como regra geral; mas minorou os seus efeitos, através da adopção do princípio da tipificação das medidas de execução, princípio este que limita as formas e termos da execução aos previstos no próprio Código ou noutras leis (cfr. artigo 149.o, n.º 2.

VI. A ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA PÚBLICA

A actividade administrativa pública é desenvolvida em parte no âmbito do Estado e em parte fora deste. Distinguiremos, por isso, a *administração estadual* e a *administração autónoma.*

A administração estadual pode ser exercida por órgãos e serviços da própria pessoa colectiva pública Estado – uma vez que o Estado dispõe de personalidade jurídica reconhecida pelo direito interno (diversa da personalidade jurídica internacional, naturalmente) –, falando-se então em administração directa; mas pode também ser prosseguida por pessoas colectivas distintas do Estado, mas que este criou – ou em cuja instituição participou activamente – temos a *administração indirecta* ou *instrumental* (a *mittelbäre Staatsverwaltung* dos alemães) .

A administração directa é integrada, na sua maior parte, por órgãos e serviços submetidos à hierarquia do Governo, ou seja, dependentes de um membro deste – é a *administração subordinada.* Uma parte mais reduzida da administração estadual directa, porém, escapa a tal hierarquia, em geral porque o respectivo estatuto assenta numa ligação privilegiada à Assembleia da República. É o caso, entre outros, do *Provedor de Justiça* (o *ombudsman* português) ou da *Comissão Nacional de Eleições*. Cientes embora da delicadeza do termo, chamamos-lhe *administração independente.*

A administração directa subordinada do Estado pode abranger todo o território nacional (ou continental) – é a administração *central* – ou somente uma porção deste território (uma circunscrição) – é a administração *periférica* (ou local). O principal órgão da administração central do Estado é

o *Governo*. Compõe-se do Primeiro-Ministro, dos ministros, dos secretários de Estado e dos subsecretários de Estado. A reunião dos ministros toma o nome de *Conselho de Ministros*. As principais regras relativas à composição, às funções e ao funcionamento do Governo constam dos artigos 200.º a 204.º da CRP e da lei orgânica de cada Governo.

Os diferentes ministérios encontram-se organizados em direcções-gerais e departamentos (e inspecções-gerais e secretarias-gerais), que se dividem em direcções de serviços, estas em divisões e repartições, e estas em secções.

Os órgãos principais da administração periférica comum do Estado são os *governadores civis*, que operam no âmbito da circunscrição distrital, resultante da divisão do território continental em dezoito distritos administrativos.

A divisão administrativa mais utilizada pela administração periférica do Estado é, porém, a correspondente às áreas de jurisdição das *comissões de coordenação e desenvolvimento regional*, resultante da divisão do território continental português[3] em cinco zonas. Utilizam-na, entre outros, os Ministérios da Educação, do Ambiente e da Saúde.

No âmbito da administração indirecta do Estado devemos distinguir dois grandes grupos de pessoas colectivas: as que possuem personalidade jurídica pública e as que a não têm.

No primeiro grupo, o das pessoas colectivas de estatuto público, encontramos duas categorias: os *institutos públicos* e as *entidades públicas empresariais*. Estas últimas têm todas as características das empresas, nomedamente uma estrutura organizativa que procura assegurar a sobrevivência do ente através das receitas obtidas com a venda de bens ou a prestação de serviços. Entre outros traços distintivos, possuem um órgão próprio de fiscalização e a sua contabilidade segue as regras da contabilidade industrial – e não da contabilidade pública.

Os institutos públicos constituem um conjunto heterogéneo de pessoas colectivas que apresentam entre si de comum a personalidade jurídica pública, a criação pelo Estado (ou por outra pessoa colectiva pública de base territorial) – que lhes fixa os objectivos e interfere activamente na respectiva prossecução – e a estrutura não empresarial (a parte mais significativa das suas receitas provém de dotações do orçamento de Estado).

Da administração indirecta do Estado (ou de uma região autónoma ou de uma autarquia local) fazem igualmente parte entidades colectivas sem personalidade jurídica pública – as pessoas colectivas de estatuto privado. Estão neste caso as empresas públicas sob forma societária, criadas pelo Estado (eventualmente associado a outras pessoas colectivas públicas) ou por outra ou outras pessoas colectivas públicas legalmente habilitadas para tal, sob a forma de sociedade anónima.

Note-se a propósito que, nos termos do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, o conceito de empresa pública passou a designar duas espécies de unidades empresariais:

a) As entidades públicas empresariais, dotadas, como se disse, de personalidade jurídica pública e criadas por decreto-lei;

b) As outras empresas públicas, desprovidas de personalidade jurídica pública e criadas como sociedades constituídas nos termos da lei comercial.

Em conjunto, estes dois grupos de empresas públicas –e um terceiro, constituído pelas empresas participadas–, formam o sector empresarial do Estado.

Sublinhe-se ainda que todas as empresas públicas se regem, em princípio, pelas normas jurídicas aplicáveis às empresas privadas. Regras próprias do direito público somente se aplicam,

[3] Os arquipélagos dos Açores e da Madeira constituem regiões autónomas e detêm um estatuto constitucional especial.

nos termos dos respectivos estatutos, às empresas habilitadas a exercer poderes de autoridade e, em matéria de extinção das unidades, às entidades públicas empresariais.

Outro grupo de exemplos de pessoas colectivas de estatuto privado integrantes da administração indirecta do Estado é constituído pelas fundações e associações criadas por este para prosseguir objectivos seus.

A *administração autónoma* (correspondente à *Selbstverwaltung* dos alemães ou à *autarchia* dos italianos) é constituída por pessoas colectivas que não foram criadas pelo Estado, prosseguindo interesses públicos próprios das colectividades que as instituíram.

Até há não muito tempo, propendia-se para considerar que todas as entidades públicas integrantes da administração autónoma apresentavam uma base territorial, remotamente originada nas relações de vizinhança. Hoje, admite-se que, para além deste tipo de entidades – regiões autónomas e autarquias locais –, também integram a administração autónoma entidades públicas de origem associativa, fundadas em relações de proximidade distinta da geográfica, designadamente a solidariedade profissional – são as associações públicas.

Tal como fizemos relativamente à administração indirecta do Estado, também na administração autónoma se devem distinguir as entidades dotadas de personalidade jurídica pública daquelas que dela não dispõem. Todavia, a distinção mais importante a fazer não é essa, mas uma outra, que assenta precisamente na existência ou inexistência do elemento territorial. Este elemento encontra-se presente nas regiões autónomas e nas autarquias locais – umas e outras pessoas colectivas públicas.

A diferença entre as regiões autónomas e as autarquias locais assenta no grau de descentralização: enquanto as primeiras, por exigência constitucional, possuem, para além de uma administração pública própria, um órgão legislativo de natureza parlamentar e um governo, as segundas apenas dispõem de uma administração pública própria. As primeiras são fruto da descentralização política; as segundas, da descentralização administrativa.

As *autarquias locais* são pessoas colectivas públicas de base territorial correspondentes aos agregados de residentes em diversas circunscrições do território nacional português, que asseguram a prossecução de interesses comuns resultantes da proximidade geográfica, mediante a actividade de órgãos próprios representativos das populações.

A existência das autarquias locais assenta no princípio da autonomia local, consagrado no n.º 1 do artigo 6.º da CRP: o n.º 1 do artigo 3.º da Carta Europeia de Autonomia Local define este princípio como impondo o reconhecimento do direito e da capacidade efectiva de as autarquias locais regulamentarem e gerirem, nos termos da lei, sob sua responsabilidade e no interesse das respectivas populações, uma parte importante dos assuntos públicos.

Esta parte importante dos assuntos públicos que às autarquias locais deve caber é determinável com base no princípio da subsidiariedade, consagrado, tanto no referido n.º 1 do artigo 6.º da CRP, como no n.º 3 do artigo 4.º da Carta: os interesses das populações devem ser prosseguidos pelas entidades públicas que se encontram mais próximas daquelas, sem prejuízo da eficiência económica e do respeito pelos princípios da igualdade e da solidariedade entre os cidadãos. Em termos práticos, dir-se-á que, em princípio, tudo quanto puder ser eficazmente decidido e executado ao nível autárquico não deve ser atribuído ao Estado e aos seus agentes.

São os seguintes os traços essenciais do regime constitucional das autarquias locais:

a) Reserva absoluta de lei da Assembleia da República quanto à criação, extinção e modificação territorial das autarquias locais (cfr. artigos 164o, alínea n), e 236o, n.º 4, da CRP);

b) Reserva relativa de lei da Assembleia da República quanto ao estatuto das autarquias locais, incluindo o regime das finanças locais (cfr. artigos 165.o, n.º 1, alínea q), e 237.º, n.º 1, da CRP);

c) As autarquias locais devem dispor, pelo menos, de dois órgãos colegiais, um deliberativo e outro executivo, sendo o primeiro eleito por sufrágio universal, directo e secreto pelo método da representação proporcional (cfr. artigo 239.º da CRP);

d) As autarquias locais dispõem de património e finanças próprios (cfr. artigo 238.º, n.º 1, da CRP);

e) As autarquias locais exercem poder regulamentar próprio (cfr. artigo 241.º da CRP);

f) Sobre as autarquias locais o Estado apenas exerce tutela administrativa de legalidade (cfr. artigos 242.º, n.º 1, da CRP, e 2.º e 3.º da Lei n.º 27/96, de 1 de Agosto).

A CRP reconhece três espécies de autarquias locais: as freguesias, os municípios e as regiões administrativas (cfr. artigo 236o, n.º 1). Estas últimas não chegaram a ser instituídas, mercê do resultado desfavorável do referendo realizado em 1998.

O município é a única autarquia local portuguesa com uma existência histórica estável; pode mesmo considerar-se o único ponto de referência organizativo da administração local do nosso país. A freguesia é a autarquia local de expressão territorial mais reduzida.

Fazem parte da administração autónoma não territorial diversas pessoas colectivas, umas com personalidade jurídica pública, outras sem esta. As primeiras repartem-se por duas espécies: as associações públicas e os consórcios públicos.

As *associações públicas* são pessoas colectivas públicas de tipo associativo criadas por grupos de cidadãos com interesses públicos próprios específicos, com a finalidade de prosseguir estes. As ordens profissionais são os exemplos mais conhecidos deste tipo de entidades públicas.

Pese embora a sua importância, estas entidades não dispõem de um regime jurídico geral; todavia, os traços essenciais de tal regime constam do no.4 do artigo 267.º da CRP, disposição preocupada sobretudo em assegurar a sua democraticidade.

Os *consórcios públicos* são também pessoas colectivas públicas de tipo associativo que reúnem as entidades públicas que as instituíram na prossecução de interesses públicos comuns. As áreas metropolitanas constituem exemplos destes consórcios. As universidades públicas integram também, em nosso entender, a administração autónoma, muito embora não exista unanimidade na doutrina quanto à sua exacta natureza.

A administração autónoma não territorial integra ainda, como se disse, entidades colectivas desprovidas de personalidade jurídica pública. Encontram-se nestas condições tanto entes de natureza associativa, como de natureza fundacional.

As *instituições particulares de solidariedade social* podem revestir as formas jurídicas de associação ou de fundação e as suas finalidades situam-se no amplo domínio da solidariedade social – educação, protecção na doença e na velhice, habitação social, formação profissional, integração social, nomeadamente (cfr. artigo 63.º, n.º 5, da CRP). As misericórdias e as mutualidades constituem os mais conhecidos exemplos destas entidades.

As *entidades auto-reguladoras* são pessoas colectivas privadas de natureza associativa ou societária que exercem principalmente funções de regulação das actividades desenvolvidas pelos seus membros. Como exemplos deste tipo de entidades podem apontar-se as federações desportivas, as comissões vitivinícolas e as bolsas.

Os princípios fundamentais da organização administrativa pública encontram-se nos n.os 1 e 2 do artigo 267.º da CRP.

O **princípio da desburocratização** exige que os métodos de trabalho da administração pública evitem diligências e formalidades inúteis e facilitem a vida dos cidadãos.

O **princípio da aproximação dos serviços às populações** recomenda, não só a instalação física dos serviços públicos em locais próximos daqueles em que se encontram os destinatários da sua actividade, mas também que tais serviços sejam integrados nas pessoas colectivas públicas de menor âmbito territorial compatível com a sua eficiência (princípio da subsidiariedade, já mencionado).

O **princípio da participação dos interessados na gestão efectiva dos serviços públicos** aconselha a adopção por estes de modelos de administração participada, designadamente por via da instituição de órgãos representativos de interesses.

d) O **princípio da descentralização administrativa** determina que os interesses públicos que a actividade administrativa pública visa satisfazer não estejam somente a cargo do Estado, mas também de outras pessoas colectivas públicas.

Para se poder falar em verdadeira descentralização administrativa é ainda indispensável que estas pessoas colectivas públicas tenham a sua existência constitucionalmente assegurada, disponham de órgãos eleitos, tenham a sua esfera de atribuições garantida por lei e não estejam sujeitas a interferências do Estado, salvo quanto à tutela de legalidade.

É o que sucede em Portugal com as autarquias locais, resultado da descentralização de base territorial, uma vez que a CRP garante a sua existência e as suas atribuições; que dispõem necessariamente de um órgão colegial eleito; e que o Estado apenas exerce sobre os órgãos autárquicos tutela administrativa de legalidade.

Do ponto de vista jurídico, existe, pois, entre nós uma verdadeira descentralização administrativa territorial.

O mesmo não se pode afirmar da descentralização administrativa de base não territorial: o Estado não tem o dever constitucional, nem legal, de criar institutos públicos ou empresas públicas – ou, sequer, de assegurar a continuidade daqueles que hoje existem. O Estado deve, é certo, orientar-se no sentido da descentralização administrativa de base não territorial (cfr. artigos 6.o, n.o 1, e 267.o, n.° 2); mas a CRP, contrariamente ao que ocorre com a descentralização de base territorial, não contém regras que a assegurem. O que não deve causar admiração, considerando que institutos públicos e entidades públicas empresariais são, como se disse, pessoas colectivas públicas de natureza instrumental.

O **princípio da desconcentração** recomenda que em cada pessoa colectiva pública as competências necessárias à prossecução das respectivas atribuições não sejam todas confiadas aos órgãos de topo, mas distribuídas pelos diversos níveis organizativos. Esta distribuição não tem, porém, a sua medida regulada na CRP, o que significa que se trata de um princípio constitucional orientador da organização administrativa pública cuja concretização se encontra, em larga medida, nas mãos do legislador ordinário.

VII. O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Entende-se por procedimento administrativo a sucessão ordenada de actos e formalidades que visam assegurar a correcta formação ou execução da decisão administrativa e a defesa dos direitos e interesses legítimos dos particulares.

É hoje aceite que se verifica uma tendência acentuada para a ritualização da actividade administrativa. Esta tendência encontra-se intimamente associada à crescente dificuldade na determinação clara dos interesses públicos prosseguidos por algumas decisões administrativas mais complexas, de que sobressaem as decisões tomadas no domínio do planeamento territorial.

A ritualização, impondo a ponderação de múltiplos interesses contraditórios relevantes no processo de formação da decisão, surge assim como uma alternativa à pré-definição rigorosa dos interesses públicos a prosseguir com aquela, assegurando-lhe uma relativa incontestabilidade (fala-se mesmo em legitimação da decisão).

O procedimento administrativo comum encontra-se hoje regulado no Código de Procedimento Administrativo de 1992. Seguindo uma tradição que remonta ao projecto de 1968, o CPA não trata apenas do procedimento administrativo propriamente dito, dando-se mesmo a circunstância, um tanto insólita, de a sua Parte III apresentar epígrafe idêntica ao nome do próprio código: *Do Procedimento Administrativo.*

Para além desta, o código tem uma primeira parte dedicada aos princípios gerais, uma segunda relativa aos sujeitos do procedimento e uma quarta, regulando as formas da actividade administrativa. Regula, pois, bem mais do que o procedimento administrativo.

O artigo 2.º do CPA contém as regras que determinam o âmbito de aplicação do código:

a) No que se refere ao âmbito subjectivo, o CPA aplica-se às pessoas colectivas públicas (enumeradas no n.º 2), aos órgãos do Estado estranhos à administração pública mas que desenvolvam actividade materialmente administrativa (n.º 1), e ainda às empresas concessionárias, quando actuem no exercício de poderes de autoridade (n.º 3);

b) Quanto ao âmbito material de aplicação, há a registar sobretudo que:

– os princípios da actividade administrativa e as normas de concretização constitucional são aplicáveis, em quaisquer circunstâncias, a todo e qualquer tipo de actividade administrativa, ainda que de natureza meramente técnica (n.º 5);

– as disposições relativas à organização e à actividade administrativas são aplicáveis às actividades da administração regidas por normas de direito administrativo (n.º 6);

– as restantes disposições do CPA são aplicáveis, igualmente apenas no domínio das actividades da administração regidas por normas de direito administrativo, ao procedimento comum e, com carácter supletivo, também aos procedimentos especiais, desde que daí não resulte diminuição das garantias dos particulares (n.º 7).

Na impossibilidade de tratar aqui, *pari passu*, a marcha do procedimento administrativo, vamos concentrar a nossa atenção na participação dos interessados na tomada da decisão administrativa, que constitui a mais importante novidade introduzida na prática administrativa pelo CPA.

Em obediência a imperativo constitucional havia muito por cumprir, o código estabeleceu o princípio da participação dialógica na formação da decisão administrativa. Esta participação pode ocorrer em qualquer fase do procedimento (cfr. artigo 59.º do CPA), mas é obrigatória antes da tomada da decisão final, pois somente assim estará assegurada a possibilidade de esta ser influenciada pela manifestação de vontade dos interessados (cfr. artigo 100.º do CPA).

Regra geral, a audiência dos interessados realiza-se no termo da instrução, mas pode não suceder assim, no caso de o instrutor do procedimento haver promovido diligências instrutórias complementares sugeridas pelos próprios interessados (cfr. artigo 104.º do CPA).

A audiência pode realizar-se por escrito ou oralmente, dependendo de escolha do instrutor, mas estabelecendo o CPA regras para qualquer dos casos (cfr. artigos 100º, n.º2, 101.º e 102.o).

Existem dois tipos de situações em que a audiência dos interessados não se realiza ou pode não se realizar (cfr. artigo 103.º do CPA). No primeiro tipo incluem-se os casos em que a própria lei entende ser desnecessária a audiência:

– quando a decisão seja urgente;

– quando a realização da audiência possa prejudicar a execução ou a utilidade da decisão a tomar;

– quando o número de interessados seja tão elevado que torne impraticável a audiência.

No segundo tipo estão abrangidas as situações em que a lei autoriza o instrutor a dispensar a audiência:

– ou porque os interessados já se pronunciaram sobre as questões relevantes para a decisão e sobre a prova;

– ou porque se perspectiva uma decisão favorável àqueles.

VIII. O ACTO ADMINISTRATIVO

1. Conceito

O acto administrativo é, antes de mais, um *acto jurídico*, ou seja, uma conduta voluntária geradora de efeitos de direito. A exigência da voluntariedade da conduta, mesmo com a especificidade apontada, permite excluir do conceito de acto administrativo os factos jurídicos em sentido estrito, nos quais se não revela qualquer conduta voluntária, ainda que reconstruída com base na vontade normativa – por exemplo, o decurso do tempo, com os efeitos jurídicos conhecidos, nomeadamente a caducidade e a prescrição – e as chamadas operações materiais da administração pública, em que ocorrem condutas voluntárias mas não orientadas para a produção de efeitos jurídicos específicos pré-determinados.

Note-se que estas actividades da administração pública não são estranhas ao direito, uma vez que produzem consequências jurídicas, no plano da responsabilidade da administração pública. Elas não são, porém, condutas orientadas para a produção de efeitos jurídicos, não integrando, por isso, o conceito de acto administrativo.

Em segundo lugar, o acto administrativo é um *acto unilateral*, isto é, uma declaração de vontade para cuja perfeição é desnecessária a contribuição de qualquer outra; nisto se distingue de um contrato, que é sempre um negócio jurídico bilateral.

Pode suceder que o acto administrativo somente possa ser praticado após uma manifestação de vontade de outrem; ou que a produção dos seus efeitos esteja dependente de uma manifestação de vontade concordante da parte de alguém. Mas não se transforma por isso num contrato. Muito embora a distinção conceptual entre acto administrativo e contrato seja clara, não é menos certo que a tendência, já referida noutro ponto, para substituir a actividade unilateral da administração pública por formas participadas, concertadas ou contratualizadas de actividade administrativa contribui para reduzir, no plano prático, o seu alcance.

Em terceiro lugar, tendo em conta que o acto administrativo nasceu no quadro do princípio da separação de poderes, ele deveria ser sempre um acto da administração pública, isto é – um acto praticado por um órgão pertencente a uma organização pública.

Cedo se percebeu, contudo, que os outros poderes do Estado, designadamente o poder legislativo e o poder judicial, também praticam, complementarmente com os actos que os caracterizam – actos legislativos e actos jurisdicionais, respectivamente –, actos que em nada se distinguem dos tipicamente praticados por órgãos da administração pública. Imagine-se uma sanção disciplinar aplicada pelo Presidente da Assembleia da República a um funcionário do parlamento ou o indeferimento, pelo juiz de um tribunal, de um requerimento de um funcionário judicial que pretendia gozar férias interpoladas. Estes actos são exactamente iguais a muitos outros quotidianamente praticados por órgãos da administração pública. Independentemente da exacta qualificação jurídica do seu autor, o acto administrativo é sempre um comportamento adoptado *no exercício de uma actividade de natureza administrativa pública* (ou, se se preferir, no desempenho da função administrativa).

Em quarto lugar, o acto administrativo é sempre um acto *que visa produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta.*

O acto contrapõe-se à norma, esta tradicionalmente marcada pela generalidade – pluralidade de destinatários – e pela abstracção – multiplicidade de situações abrangidas. Note-se que esta distinção enfrenta dificuldade crescentes, devidas, nomeadamente, à proliferação das leis-medida ou leis-providência, que não apresentam a susceptibilidade de aplicação potencialmente ilimitada, típica das normas jurídicas tradicionais. Seja como for, este elemento do conceito de acto administrativo é indispensável, sendo ele que possibilita a distinção entre o acto administrativo e o regulamento administrativo.

Por último, o acto administrativo consubstancia uma *decisão*, isto é, uma conduta que quer e pode, digamos, "mudar o mundo": não se trata apenas – como no primeiro elemento da definição – da produção de consequências jurídicas. Trata-se, sim, de projectar estas consequências na esfera jurídica de alguém, por forma a que esta pessoa ou entidade veja alterada, em sentido favorável ou em sentido desfavorável, a sua situação jurídica perante a administração pública.

Quando é solicitado um parecer a um órgão consultivo, este produz um acto jurídico, que traduz uma certa forma de ver o problema que lhe foi colocado. Quando a consulta é imposta pela lei, o órgão consultado sabe que a sua audição (ou a falta dela) produz efeitos jurídicos, possibilitando a tomada de uma decisão formalmente correcta; em qualquer caso, sabe também que a sua opinião produz ainda outros efeitos jurídicos, na justa medida em que condiciona o órgão com competência para decidir.

Mas também sabe que este condicionamento é limitado: em regra, o órgão com competência dispositiva sobre a matéria pode decidir em sentido oposto ao do parecer, sendo certo que terá, nesta hipótese, de fundamentar o seu acto – e de o fazer com especial cuidado, pois terá contrariar os argumentos do parecer.

Por outras palavras: o órgão consultivo sabe que o seu estatuto competencial lhe permite influenciar uma alteração no mundo; mas também sabe que esse mesmo estatuto não lhe permite determinar essa alteração. Esta somente pode resultar da vontade do órgão com competência dispositiva sobre a matéria. É exactamente por isto que um parecer não estatui, não é uma decisão. E é também por esta razão que eventual impugnação judicial visa o acto - a decisão - e não a opinião – o parecer.

O que dissemos sobre o parecer, aplica-se, por identidade de razão, às informações burocráticas, às diligências instrutórias e a outros comportamentos geradores de efeitos jurídicos, mas também desprovidos de sentido decisório.

Em suma, adoptamos um conceito de acto administrativo composto de cinco elementos e que pode ser assim formulado: o acto administrativo é um acto jurídico unilateral com carácter

decisório, praticado no exercício de uma actividade administrativa pública, destinado a produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta.

2. A EXECUÇÃO DO ACTO ADMINISTRATIVO

Executar um acto administrativo significa o quê?

Note-se que somente faz sentido falar em *executoriedade* em sentido próprio relativamente aos actos susceptíveis de medidas administrativas de execução, ou seja, aqueles actos que impõem condutas aos cidadãos. Quanto aos outros –uma licença, o indeferimento de um pedido – falar em *execução* significaria confundir este conceito com o de *eficácia.*

Entre os actos não executórios– para além, naturalmente, dos actos ineficazes, como aqueles que, estando dependentes de aprovação de outro órgão, ainda não obtiveram esta (trata-se de actos que não são, por enquanto, executórios) – contam-se os actos de liquidação de impostos, que somente podem ser executados através da intervenção dos tribunais administrativos e tributários (actos que nunca serão executórios).

A execução do acto administrativo está sujeita aos princípios e regras inscritos nos artigos 149.° a 157.° do CPA. Destacam-se entre estes:

a) O poder de autotutela executiva, de que falámos noutro ponto;

b) O princípio da tipicidade das formas de execução (cfr. artigo 149.o, n.° 2, do CPA);

c) O princípio da proporcionalidade, também já referido noutro ponto, e que adquire aqui uma relevância especial (cfr. artigo 151.° n.° 2, do CPA);

d) O princípio da observância dos direitos fundamentais e do respeito devido à pessoa humana (cfr. artigo 157.o, n.° 3, do CPA);

e) A regra do acto administrativo prévio (cfr. artigo 151.° n.° 1, do CPA); note-se que a actividade material da administração pública, quando contrária à lei, tende a ser tratada pelo direito como a execução de um acto administrativo que deveria ter sido praticado – e não foi;

f) A proibição de embargos (cfr. artigo 153.° do CPA).

O CPA prevê três formas de execução do acto administrativo (existindo outras reguladas em leis avulsas), que se distinguem entre si pelo objectivo da execução:

a) O pagamento de uma quantia em dinheiro:

b) A entrega de uma coisa;

c) A adopção de um comportamento material.

Note-se que, não obstante todas se encontrarem previstas no CPA, somente as duas últimas merecem a qualificação de execução por via administrativa. Na verdade, o que o CPA dispõe relativamente à execução para pagamento de quantia certa em dinheiro é, antes de tudo, que esta tem carácter judicial: é isto que a lei pretende quando manda seguir o processo de execução fiscal regulado no Código de Processo e Procedimento Tributário.

3. A INVALIDADE DO ACTO ADMINISTRATIVO

A invalidade do acto administrativo é o juízo de desvalor emitido sobre ele em resultado da sua desconformidade com a ordem jurídica. As duas causas geralmente admitidas da invalidade são a ilegalidade e os vícios da vontade.

A prática de um acto administrativo inválido não se encontra sempre sujeita ao mesmo regime legal; de acordo com a gravidade da invalidade, pode ser aplicável o regime da nulidade, mais severo, ou o regime da anulabilidade.

O regime da nulidade, de acordo com o artigo 134.º do CPA, apresenta os seguintes traços:

– o acto nulo é ineficaz *ab initio*;

– a nulidade é insanável e o acto nulo é passível de impugnação contenciosa ilimitada no tempo;

– qualquer tribunal ou órgão da administração pública pode declarar a nulidade;

– a sentença judicial que declare a nulidade tem natureza declarativa;

– assiste aos funcionários públicos confrontados com um acto nulo o direito de desobediência e aos cidadãos, em circunstâncias idênticas, o direito fundamental de resistência (cfr. artigo 21.º da CRP).

O regime da anulabilidade, previsto no artigo 136.º do CPA, pelo seu lado, tem as seguintes características:

– o acto anulável é eficaz até ser anulado, embora a anulação produza efeitos retroactivos ao momento da sua prática;

– a anulabilidade sana-se pelo decurso do tempo, pelo que o acto somente pode ser anulado se o respectivo pedido for formulado dentro de certos prazos (cfr. artigo 58.o, nº.2, do CPTA);

– apenas os tribunais administrativos podem anular um acto administrativo;

– a sentença judicial de anulação tem natureza constitutiva;

– não assistem, aos funcionários públicos, o direito de desobediência, nem aos cidadãos, o direito de resistência, uma vez que o acto goza da chamada «presunção de legalidade» até ser anulado.

O regime da anulabilidade, imposto por razões de segurança e certeza jurídicas, é o regime regra.

O regime da nulidade – excepcional, mas que viu o seu âmbito de aplicação substancialmente alargado, relativamente ao direito anterior, pelo artigo 133.º do CPA – aplica-se:

a) Aos actos a que falte qualquer dos elementos essenciais;

b) Aos actos para os quais uma norma legal estabeleça tal consequência;

c) Aos actos contidos na enumeração exemplificativa do n.º 2 do artigo 133.º do CPA.

O regime da anulabilidade é aplicável a todos os restantes actos administrativos inválidos (cfr. artigo 135.º do CPA).

4. A REVOGAÇÃO DO ACTO ADMINISTRATIVO

O regime legal da revogação consagrado no CPA assenta numa dupla distinção relativa aos actos a revogar:

– entre actos administrativos válidos e actos administrativos inválidos;

– no universo dos primeiros, entre actos administrativos constitutivos de direitos (ou interesses legalmente protegidos) e actos administrativos não constitutivos de direitos. Actos administrativos constitutivos de direitos são todos aqueles que atribuem aos cidadãos direitos novos ou ampliam direitos existentes ou extinguem restrições ao exercício destes.

As regras, que procuram conseguir o equilíbrio, naturalmente delicado e precário, entre o princípio da modificabilidade dos actos administrativos, decorrente da variabilidade dos interesses

públicos, e o princípio da protecção da confiança, ínsito na própria ideia de Estado de direito, são as seguintes (cfr. artigos 140.° e 141.° do CPA):

1.a Os actos válidos constitutivos de direitos são irrevogáveis, excepto na parte em que forem desfavoráveis aos interessados ou quando estes concordem com a revogação e não estejam em causa direitos indisponíveis;

2.a Os actos válidos não constitutivos de direitos são revogáveis, excepto quando praticados no exercício de poderes vinculados ou quando deles resultem para a administração pública obrigações legais ou direitos irrenunciáveis;

3.a Os actos inválidos são revogáveis, mas somente com fundamento em tal invalidade e dentro de um determinado prazo, resultante das regras do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

IX. OS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1. Origem e conceito

Nem sempre se admitiu a possibilidade de a administração pública se vincular através de contratos: a ligação entre a actividade administrativa pública e a ideia de autoridade, compreensível numa época em que esta actividade tinha natureza essencialmente ablativa, levou a que se considerasse que a unilateralidade era característica daquela. Naturalmente que num período em que a administração pública desenvolve actividades cada vez mais diversificadas, muitas delas de prestação e de conformação, e intensifica o apelo à colaboração dos cidadãos na prossecução dos interesses públicos – tendendo, por isso mesmo, a exibir cada vez menos a sua autoridade –, tais reservas deixaram de fazer sentido.

O reconhecimento da capacidade da administração pública para se vincular por contrato não implicou que se considerasse que esta se vinculava contratualmente em termos idênticos aos particulares. Nasceu então a ideia de que os contratos em que a administração pública outorgava constituíam necessariamente uma espécie de contratos diferente dos outros, contratos típicos da administração pública, *contratos administrativos,* enfim (o princípio da igualdade das partes parecia dificilmente conciliável com a autoridade da administração).

Note-se que o CPA não se limitou à definição de contrato administrativo e à enumeração das suas espécies mais conhecidas, antes incluiu no artigo 179.° uma verdadeira norma de habilitação em matéria de celebração de contratos administrativos: a não ser que a lei o impeça ou que tal resulte da natureza das relações a estabelecer, as competências dos órgãos da administração pública podem ser exercidas por via da outorga de contratos administrativos.

Por outras palavras: o contrato administrativo está hoje colocado no mesmo plano do acto administrativo, enquanto meios normais de exercício da actividade administrativa pública.

Uma vez reconhecida a capacidade da administração pública para contratar, a evolução não parou, começando a admitir-se que aquela, para além da outorga de contratos administrativos, também se poderia vincular através de contratos de natureza jurídico-privada, designadamente contratos civis, idênticos àqueles que os particulares celebram entre si, regulados essencialmente pelo direito civil ou pelo direito comercial (tomar de arrendamento um imóvel para nele instalar um serviço público, por exemplo).

E, admitida esta possibilidade, rapidamente o legislador determinou a submissão da contratação privada da administração pública a regras idênticas às aplicáveis aos contratos administrativos, nomeadamente no plano da formação do contrato. Seguidamente, sob a decisiva influência do direito da União Europeia - hostil a qualificações jurídicas de que possam resultar limitações à aplicação subjectiva das suas normas – um novo passo foi dado, ao possibilitar-se a impugnação contenciosa de actos administrativos relativos à formação de contratos da administração pública que não eram necessariamente contratos administrativos.

Chegados a este ponto – um ponto em que coexistiam contratos administrativos e contratos privados da administração pública, a uns e outros se aplicando múltiplas regras comuns, de direito público, umas, de direito privado, outras, era legítimo inquirir se ainda fazia sentido autonomizar a figura do contrato administrativo.

A Reforma de 2002 da justiça administrativa, num dos seus pontos mais negativos, não só manteve a distinção entre contratos administrativos e contratos da administração, como a tornou mais complexa.

Na verdade, ao arrrepio da proposta de lei apresentada pelo Governo - nos termos da qual a jurisdição administrativa passava, também, a ser competente para a apreciação de todas as questões relativas a contratos celebrados por pessoas colectivas de direito público, independentemente da questão de saber se tais contratos se regiam por um regime de direito público ou por um regime de direito privado -, a lei acabou por consagrar uma solução que reforçou a necessidade de identificar os sinais da administratividade dos contratos da administração pública.

Independentemente da crítica da opção legislativa, justifica-se uma observação: o legislador abandonou a expressão *contratos administrativos*. Não podendo ser atribuído a tal abandono o sentido de proscrever a expressão – até porque continuam em vigor diversas disposições do CPA que a utilizam -, parece assistir-se à agonia, lenta mas irreversível do conceito, cada vez mais difícil de delimitar e de utilidade crescentemente duvidosa.

2. A FORMAÇÃO DO CONTRATO

O princípio constitucional que mais marca a especificidade da contratação pública na fase da formação do contrato é o princípio da igualdade: por força dele, a lei estabelece normas detalhadas quanto à escolha do co-contratante, limitando sensivelmente a liberdade contratual dos órgãos administrativos.

As formas que pode revestir tal escolha são o concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação, o concurso limitado sem apresentação de candidaturas, a negociação, com ou sem publicação prévia de anúncio, e o ajuste directo, cujas noções constam do artigo 182.º do CPA.

A regra geral nesta matéria é a da obrigatoriedade de realização de concurso público (cfr. artigo 183.º do CPA). Há, todavia, que tomar em consideração que as normas legais reguladoras da realização de despesas inerentes aos contratos da administração (administrativos ou não) – em especial, o Decreto-Lei n.o197/99, de 8 de Junho - prevêem formas de escolha do contraente privado diversas do concurso público em múltiplos casos.

A liberdade contratual da administração pública não é limitada somente pelas regras legais relativas à escolha do contraente privado: também a liberdade de conformação do conteúdo da relação contratual está condicionada pela proibição da exigência de prestações desproporcionadas

ou que não tenham uma relação directa com o objecto do contrato (cfr. artigo 179.o, n.º 2, do CPA).

Registe-se, por último, que os contratos administrativos estão sujeitos à forma escrita (cfr. artigo 184.º do CPA).

3. A EXECUÇÃO DO CONTRATO

A administração pública, por força da especial natureza dos interesses que prossegue, dispõe de alguns poderes durante a execução do contrato administrativo (cfr. artigo 180.º do CPA):

a) O poder de fiscalização;

b) O poder de dirigir o modo de execução das prestações devidas;

c) O poder de modificação unilateral – esta faculdade decorre da variabilidade dos interesses públicos prosseguidos com o contrato e tem correspondência no dever de manutenção do equilíbrio financeiro do contrato, dever que dita, em condições normais, o aumento das contrapartidas financeiras do co-contratante privado;

d) O poder de aplicar sanções em caso de inexecução, execução defeituosa ou mora;

e) O poder de rescisão unilateral.

Note-se que não se pode dizer que todos estes poderes são exclusivos dos contratos administrativos: diversos deles existem, por exemplo, nos contratos de empreitada regidos pela lei civil, como é o caso do poder de fiscalização e do poder de dirigir o modo de execução das prestações contratuais. O poder de modificação unilateral é aquele que parece mais estranho aos contratos jurídico-privados.

4. ESPÉCIES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O n.º 2 do artigo 178.º do CPA enumera as principais espécies de contratos administrativos:

a) O *contrato de empreitada de obras públicas,* através do qual um particular se encarrega de executar uma obra pública mediante uma retribuição a pagar pela administração pública;

b) O *contrato de concessão de obras públicas,* por via do qual um particular se encarrega de construir e explorar uma obra pública mediante uma retribuição usualmente paga pelos utentes, sob a forma de taxas de utilização;

c) O *contrato de concessão de serviços públicos,* idêntico ao anterior, mas em que o objecto é a exploração de um serviço público;

d) O *contrato de concessão de uso privativo do domínio público,* através do qual a administração pública proporciona a um particular a utilização económica exclusiva de bens do domínio público;

e) O *contrato de concessão de exploração do domínio público,* por via do qual a administração pública transfere para um particular a gestão de bens do domínio público, cujo gozo este, por sua conta e risco, se encarregará de proporcionar aos interessados;

f) O *contrato de concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar,* através do qual a administração pública encarrega um particular da exploração de um casino, sendo retribuído pelo lucro das receitas provenientes do jogo;

g) O *contrato de fornecimento contínuo,* pelo qual um particular se obriga a entregar regularmente à administração pública, durante um certo período, bens necessários ao funcionamento de um serviço público;

h) O *contrato de prestação de serviços para fins de imediata utilidade pública,* através do qual um particular se obriga perante a administração pública a assegurar a deslocação de pessoas ou coisas entre lugares determinados *(contrato de transporte)*, ou a prestar-lhe a sua actividade profissional como funcionário público *(contrato de provimento)*.

X. A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A responsabilidade de que aqui falamos consubstancia-se na obrigação que recai sobre uma pessoa colectiva que, actuando sob a égide de regras de direito público e fora do âmbito de uma relação contratual, tiver causado prejuízos aos particulares.

O objectivo primeiro da responsabilização do Estado e de outras entidades envolvidas no exercício de actividades administrativas públicas é a transferência do dano sofrido pelo lesado para o seu causador, através do pagamento de uma quantia em dinheiro, a indemnização. Esta responsabilização comporta duas grandes modalidades:

a) A *responsabilidade subjectiva*, assim designada por envolver um juízo de censura sobre o comportamento do causador do dano, juízo que recebe a designação de culpa;

b) A *responsabilidade objectiva*, que não radica em qualquer reprovação do comportamento do causador do dano, antes decorrendo de comportamentos que, não obstante perfeitamente aceitáveis no plano social, são especialmente vantajosos para aquele que, adoptando-os, causa o prejuízo, conduzindo a lei a entender que devem ser por ele suportados.

A responsabilidade objectiva comporta duas subespécies:

– a *responsabilidade pelo risco*, produzida por um comportamento especialmente perigoso para terceiros e que foi causa de um dano (a utilização legítima de armas de fogo por agentes da autoridade, por exemplo);

– a *responsabilidade pela prática de actos lícitos*, resultante da prática de um acto administrativo lícito causador de um prejuízo (um acto administrativo de expropriação, por exemplo).

A *responsabilidade subjectiva* encontra-se enquadrada pelos artigos 22.º e 271.º da CRP e regulada nos artigos 1º a 4º, 6º e 7º do Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967.

O âmbito subjectivo de aplicação das regras inscritas nestes diploma legal é definido pelo seu artigo 1º: elas aplicam-se ao *Estado e* às *demais pessoas colectivas públicas.*

A propósito da culpa, há que distinguir a culpa pessoal da culpa funcional: a primeira legitima uma censura do comportamento do titular do órgão ou do agente, enfim, da pessoa que actuou em nome da entidade pública; a segunda, legitima uma censura do comportamento da própria pessoa colectiva pública cujo órgão ou agente estiveram na origem do dano. Esta última tem como fundamento o direito reconhecido aos cidadãos a um funcionamento normal e adequado dos serviços públicos. Exemplos de culpa funcional são constituídos pelas deficiências de vigilância e controlo (presos evadidos, loucos), pela falta de manutenção de estradas, por atrasos, erros e omissões e, ainda, por informações incorrectamente prestadas, promessas incumpridas e por alterações imprevisíveis do comportamento administrativo.

A *responsabilidade objectiva pelo risco* está regulada no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 48 051. Como já adiantámos, a sua razão de ser assenta na ideia de compensar as vantagens que o exercício de determinadas actividades particularmente perigosas proporciona àquele que as exerce, ou em favor de quem são exercidas, com o dever de suportar os danos que elas causem a terceiros.

Nem todos os danos são indemnizáveis: na verdade, constitui pressuposto específico da obrigação de indemnizar que o prejuízo possua as características da *especialidade* e da *anormalidade.*

As situações mais frequentes de responsabilidade pelo risco ocorrem nos domínios das obras públicas, do armazenamento e manipulação de explosivos, do mau funcionamento de semáforos e do chamado «risco social» – motins, guerra, etc.

A *responsabilidade objectiva pela prática de actos lícitos* assenta no artigo 9.o, n.o 1, do Decreto-Lei n.o 48 051. A razão da sua existência é o princípio da justa repartição dos encargos públicos: não seria justo que aquele que sofreu um prejuízo causado por um comportamento administrativo praticado no interesse e para proveito da colectividade não fosse ressarcido.

É esta espécie de responsabilidade objectiva que explica que uma expropriação por utilidade pública faça nascer na esfera jurídica do expropriado o direito a uma indemnização, que a própria CRP exige *justa.* É também este princípio que serve de fundamento ao direito a uma indemnização em face da inexecução da sentença de um tribunal administrativo, justificada por uma causa legítima de inexecução.

XI. OS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Os recursos administrativos constituem pedidos de reapreciação de uma decisão administrativa apresentados à própria administração pública e podem fundar-se na ilegalidade ou no demérito do comportamento administrativo.

O *recurso hierárquico* consiste no pedido de reapreciação do acto administrativo dirigido ao superior hierárquico do seu autor (cfr. artigo 166.º do CPA).

O recurso hierárquico é dirigido ao mais elevado superior hierárquico do autor do acto recorrido (cfr. artigo 169.o, n.º 2, do CPA). Quanto à tramitação do recurso hierárquico, o aspecto mais relevante é a previsão da intervenção dos contra-interessados – isto é, daqueles que são titulares de um interesse oposto ao do recorrente (cfr. artigo 171.º do CPA) – e da intervenção do autor do acto recorrido, podendo mesmo o recurso ser decidido, em sentido favorável ao recorrente, por este (cfr. artigo 172.º do CPA).

Um ponto merece especial atenção. A capacidade de decisão do superior hierárquico não é sempre a mesma: pode, em qualquer caso, com fundamento nos poderes hierárquicos, confirmar ou revogar o acto recorrido ou, ainda, declarar a respectiva nulidade; mas apenas pode modificar ou substituir aquele acto se a competência do autor do acto não for exclusiva (se o for, então o superior hierárquico carece de competência dispositiva sobre a matéria).

O *recurso hierárquico impróprio* é o pedido de reapreciação de um acto administrativo dirigido a um órgão da mesma entidade pública a que pertence o autor do acto recorrido e que, não sendo seu superior hierárquico, exerce sobre ele um poder de supervisão (cfr. artigo 176.º do CPA).

O *recurso tutelar* consiste no pedido de reapreciação de um acto administrativo praticado por um órgão de uma entidade pública dirigido a um órgão de outra entidade pública, que exerce sobre aquela um poder de superintendência ou de tutela (cfr. artigo 177.o, n.º 1, do CPA).

O recurso tutelar tem carácter excepcional, o que se compreende, se se tiver presente que ele representa sempre uma debilidade da autonomia jurídica da pessoa colectiva tutelada (cfr. artigo 177.o, n.º 2, do CPA).

XII. CONTROLO JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – A JUSTIÇA ADMINISTRATIVA

1. Origem e noção

O fundamento teórico último do contencioso administrativo residia no princípio da separação de poderes. Isto não significa que seja inconcebível um sistema de garantias contra a administração pública fora da influência daquele princípio: quer antes dizer que o nosso sistema de justiça administrativa assentou historicamente na ideia de separação da administração e da justiça, tal como foi importada de França após a revolução de 1820.

O nosso sistema de justiça administrativa foi erigido sobre uma certa concepção do princípio da separação de poderes, de origem francesa, que rejeitava, como incompatível com aquele princípio, a possibilidade de os tribunais comuns julgarem os comportamentos da administração pública (como acontecia, e acontece ainda, em países como o Reino Unido e os EUA). O resultado desta concepção foi a *dualidade de jurisdições*: a jurisdição administrativa, destinada à revisão da legalidade de decisões da administração pública, como instrumento da composição de litígios emergentes de relações jurídico-administrativas, e a jurisdição comum, encarregada da composição dos conflitos inter-privados de interesses.

A primeira concretização histórica em Portugal do modelo francês foi o *sistema do administrador-juiz*: nascido da evolução do recurso hierárquico, depositava ainda nas mãos da administração pública, embora com a intervenção necessária de um órgão colegial especificamente vocacionado para a apreciação das contestações aos comportamentos administrativos, a decisão destas.

O *sistema dos tribunais administrativos,* adoptado entre nós em 1930, assentou na criação de órgãos especiais da administração pública, de tipo jurisdicional, que julgavam as impugnações das decisões administrativas.

Este sistema sofreu, a partir de 1974, uma transformação fundamental, que se concretizou no processo de jurisdicionalização dos tribunais administrativos e que teve os seguintes marcos:

1°. O Decreto-Lei n°.250/74, de 12 de Junho, procedeu à transferência dos tribunais administrativos do âmbito da Presidência do Conselho de Ministros para o Ministério da Justiça;

2°. O n°.3 do artigo 212° da CRP previu a existência de tribunais administrativos integrados no poder judicial;

3°. O Decreto-Lei n°.256-A/77, de 17 de Junho, jurisdicionalizou o processo de execução das sentenças dos tribunais administrativos, até aí objecto de decisão de natureza política;

4°. O artigo 16° do antigo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (1984) determinou a eleição do presidente do Supremo Tribunal Administrativo pelos seus pares (anteriormente era nomeado pelo Governo).

É, em geral, reconhecido, que as reformas de 1984-1985 – e as alterações de 1996 – levaram ao limite as possibilidades de introduzir alterações pontuais positivas num quadro normativo que era ainda, no essencial, o do contencioso administrativo assente na ideia de revisão de legalidade e de subsequente destruição jurídica das decisões unilaterais da administração consideradas ilegais. O ordenamento jurídico do contencioso administrativo podia comparar-se a uma toalha que, à força de tão remendada, já não era de renda francesa, mas de um anónimo e quase incompreensível *patchwork.*

Omitindo detalhes, em 2002 viram a luz do dia as Leis nºs.13/2002 (Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais) e 15/2002 (Código de Processo nos Tribunais Administrativos)[4]. Representaram uma profunda alteração organizativa e funcional do contencioso administrativo português – doravante bem merecedor da designação de *justiça administrativa.*

Com data de 19 de Fevereiro de 2003, foi publicada a Lei nº.4-A/2003, cujos artigos 1º e 2º adiaram a entrada em vigor da Reforma de 2002 (tanto do ETAF, como do CPTA) para o dia 1 de Janeiro de 2004. Foi o que aconteceu, estando as novas leis prestes, na altura em que estas linhas são escritas, a completar um ano de aplicação.

2. Natureza e órgãos da jurisdição administrativa

A jurisdição administrativa resulta de uma determinação constitucional. Ao contrário do que ocorria com a redacção original da lei fundamental, o artigo 209.º, nº. 1, alínea b), da CRP não se limita a permitir a existência de uma categoria diferenciada de tribunais administrativos e fiscais: impõe tal existência.

Note-se, porém, que, não obstante os tribunais administrativos constituírem a jurisdição *comum* com competência em matéria de litígios emergentes de relações jurídico-administrativas, não constituem a jurisdição *exclusiva* no que respeita aos conflitos emergentes de tais relações. Na verdade, as leis atribuem aos tribunais comuns (judiciais) a resolução de diversos tipos de litígios decorrentes de relações jurídicas desta espécie, como sucede com o contencioso dos actos notariais e registais, com o contencioso das contra-ordenações e com os litígios relativos aos montantes das indemnizações devidas por expropriações por utilidade pública.

A orgânica dos tribunais administrativos comporta três instâncias ou graus de jurisdição:

A primeira instância é preenchida pelos *tribunais administrativos e tributários*, actualmente em número de catorze.

A segunda instância é ocupada pelos *tribunais centrais administrativos* de Lisboa e do Porto.

Na última instância encontra-se o *Supremo Tribunal Administrativo.*

3. Âmbito da jurisdição administrativa

Contrariamente à lei anterior (artigos 3º e 4º do antigo ETAF), que delimitava a jurisdição administrativa através da conjugação de uma cláusula geral como uma enumeração de exclusões, a actual lei, no nº.1 do artigo 4º do ETAF, opta por uma formulação positiva, contendo uma enumeração exemplificativa dos litígios que considera incluídos no âmbito da jurisdição administrativa. Complementarmente, mantém a delimitação negativa desta, nos nºs.2 e 3.

Se olharmos para a delimitação negativa da jurisdição administrativa, operada pelos nºs.2 e 3 do artigo 4º do ETAF, verificaremos que algumas coisas mudaram relativamente à situação anterior, outras não. Assim, continuam excluídos do âmbito da jurisdição administrativa:

a) Os actos praticados no exercício da função política e da função legislativa;

b) Os actos relativos ao inquérito e instrução criminais e ao exercício da acção penal.

[4] Publicadas no *Diário da República* dos dias 19 e 22 de Fevereiro, respectivamente.

Excluída da jurisdição administrativa continua também a fiscalização de um conjunto de comportamentos (e das respectivas consequências) da autoria de magistrados dos tribunais comuns e dos órgãos de governo próprio desta magistratura, provavelmente em homenagem ao princípio da dualidade de jurisdições. Na lei anterior já era assim, com base na formulação imprecisa e lacónica da alínea c) do nº1 do artigo 4º do antigo ETAF. A nova lei – alíneas b) do nº.2 e a), b) e c) do nº.3, todas do artigo 4º do ETAF – precisou os casos de exclusão do âmbito da jurisdição administrativa:

– apreciação de decisões jurisdicionais proferidas por tribunais não integrados na jurisdição administrativa e fiscal;

– acções de responsabilidade por erro judiciário cometido por tribunais pertencentes a outras jurisdições, bem como as correspondentes acções de regresso;

– fiscalização dos actos materialmente administrativos praticados pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça;

– fiscalização dos actos materialmente administrativos praticados pelo Conselho Superior da Magistratura e pelo seu Presidente.

A alínea d) do nº.3 do artigo 4º do ETAF consolidou ainda um entendimento que a jurisprudência já sustentava: o de que não cabe à jurisdição administrativa a apreciação de litígios emergentes de contratos individuais de trabalho que não confiram a qualidade de agente administrativo, ainda que uma das partes seja uma pessoa colectiva de direito público.

Maior interesse tem verificar aquilo que, estando anteriormente excluído do âmbito da jurisdição administrativa, passou agora a pertencer-lhe. Assim, o confronto do artigo 4º do antigo ETAF com o artigo 4º do novo ETAF evidencia que aquela passou a ter novas competências.

Destaque, antes de mais, para a evolução muito positiva ocorrida no plano da responsabilidade civil: a jurisdição administrativa recebe competência para apreciar as questões de responsabilidade civil emergente de actos das funções política, legislativa e jurisdicional, satisfazendo-se uma pretensão antiga da doutrina.

Por outro lado, a jurisdição administrativa passa a ser competente para a apreciação de todas as questões de responsabilidade civil que envolvam pessoas colectivas de direito público, independentemente de tais questões se regerem por um regime de direito público ou por um regime de direito privado. A necessidade de esclarecer este ponto antes de escolher a jurisdição a que confiar uma acção de responsabilidade, a fim de evitar conflitos negativos de competência, constituía um verdadeiro quebra cabeças para aqueles que pretendiam ver-se ressarcidos de comportamentos lesivos de agentes públicos, sobretudo quando tais comportamentos consubstanciavam operações materiais e não actos jurídicos da administração.

No domínio da contratação pública e de acordo com o disposto nas alíneas b), e) e f) do nº.1 do artigo 4º do ETAF, a jurisdição administrativa tem competência:

a) Relativamente a quaisquer contratos outorgados no exercício da função administrativa – para verificar a respectiva invalidade quando esta seja consequente da invalidade do acto administrativo em que se fundou a celebração do contrato;

b) Relativamente a contratos a respeito dos quais haja lei específica que os submeta, ou que admita que eles sejam submetidos, a um procedimento pré-contrataal regulado por normas de direito público – para resolver as questões relativas à validade de actos pré-contratuais e à interpretação, validade e execução dos contratos;

c) Relativamente a contratos de objecto passível de acto administrativo, de contratos especificamente a respeito dos quais existam normas de direito público que regulem aspectos do

respectivo regime substantivo, ou de contratos que as partes tenham expressamente submetido a um regime substantivo de direito público – para resolver as questões relativas à interpretação, validade e execução de tais contratos.

4. Os juízes e o ministério público

Ao juiz – tratando-se de tribunal singular – ou aos juízes – no caso de tribunal colectivo – cabe a delicada missão de solucionar o litígio.

Os juizes dos tribunais administrativos têm um estatuto próprio, essencialmente integrado pelas normas dos artigos 57° a 84° do ETAF. Beneficiam das garantias de independência dos outros magistrados judiciais; são também abrangidos por idêntico regime de incompatibilidades, só podendo ser responsabilizados pelas suas decisões nos mesmos e muito limitados casos previstos na lei (cfr. artigo 3° do ETAF).

A configuração dos poderes dos juizes dos tribunais administrativos decorre do disposto no artigo 3° do CPTA.

Antes de mais, tem de se acentuar que o juiz da jurisdição administrativa não tem por missão controlar o mérito ou a oportunidade da actuação administrativa pública, apenas lhe cabendo julgar do cumprimento pela administração pública das normas e princípios jurídicos a que deve obediência (cfr. n°.1).

A reafirmação desta ideia é tanto mais importante quanto o novo CPTA veio possibilitar a condenação da administração pública pelos tribunais administrativos à prática de um acto administrativo legalmente devido (algo semelhante à *Verflichtungsklage* germânica): o legislador quis deixar claro que esta nova capacidade do juiz administrativo se destina a melhorar o controlo da jurisdicidade da actividade administrativa pública e não a transformar a jurisdição administrativa num "governo de juizes", montado sobre os escombros do princípio da separação de poderes, num quadro em que as valorações subjacentes às decisões tomadas pelos órgãos da administração pública seriam substituídas pelas valorações judiciais.

Dentro dos limites decorrentes deste princípio, a lei permite que o juiz administrativo atribua a sentenças proferidas contra a administração pública os efeitos de um acto administrativo que deveria ter sido praticado e, em oposição às normas e princípios jurídicos que impunham tal prática, não o foi (cfr. n°.3).

A lei permite também ao juiz administrativo fixar aos órgãos da administração pública prazos para cumprir os deveres que o tribunal decida impor-lhes e aplicar-lhes sanções pecuniárias pelo desrespeito de tais prazos (cfr. n°.2).

Por último - e esta é mais uma das novidades da Reforma de 2002 -, a lei autoriza o juiz administrativo, em determinadas circunstâncias, a juntar vários processos, a fim de simplificar e acelerar a respectiva decisão (cfr. artigo 48°do CPTA).

O artigo 51° do ETAF comete ao ministério público as funções de representação do Estado, de defesa da legalidade democrática e de promoção da realização do interesse público. Neste quadro, o ministério público continua a exercer a acção pública (cfr. artigos 9°, n°.2, 11°, n°.2, 40°, n°.2, alínea c), 55°, n°.1, alínea f), 68°, n°.1, alínea c), 73°, n°s.3 e 4, 77°, n°.1, e 104°, n°.2, todos do CPTA), assistindo-lhe igualmente legitimidade para interpor recursos (cfr. artigos 141° e 155°, n°.1, do CPTA) e para solicitar ao STA que proceda à uniformização de jurisprudência (cfr. artigo 152°, n°.1, do CPTA).

O ministério público conserva também, nos termos do artigo 62° do CPTA, a faculdade de se substituir ao autor da acção, nos casos em que este se tenha afastado do processo, nomeadamente por desistência – isto, naturalmente, quando entender que a defesa da legalidade impõe que o processo seja levado até ao seu termo.

Nos casos, que são a maioria, em que o ministério público não é autor, nem se substitui a este, os seus poderes processuais encontram-se regulados nos artigos 85° e 146°, n°1, do CPTA:

a) Tem vista do processo no momento da citação da entidade demandada e dos contra-interessados, ou logo após a distribuição, no caso dos recursos;

b) Pode solicitar a realização de diligências instrutórias e pronunciar-se sobre o mérito da causa.

O ministério público dispõe ainda de outras faculdades, reguladas no mesmo preceito, especificamente nos processos de natureza impugnatória; dispõe igualmente de faculdades especiais no domínio da tutela cautelar (cfr. artigos 124°, n°.1, e 130°, n°.3, do CPTA) e no âmbito da solução de conflitos de competência jurisdicional e de atribuições (cfr. artigo 136° do CPTA).

Duas modificações na posição processual do ministério público – e ambas no sentido da redução do papel da instituição – merecem referência especial.

A primeira, reside no desaparecimento da vista final do processo ao ministério público; a segunda, consiste no fim da presença do representante do ministério público nas sessões de julgamento.

Estas modificações ajustam-se à jurisprudência do Tribunal Constitucional português e à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, merecendo também o aplauso de boa parte da doutrina.

5. Os grandes princípios do processo administrativo

5.1. O princípio do acesso à justiça administrativa

Nas sociedades modernas os conflitos de interesses entre os cidadãos não se resolvem mediante o uso individual da força: são decididos por órgãos especialmente concebidos para tal função, dotados de características próprias – de entre as quais avultam a independência e a imparcialidade –, aos quais os cidadãos apresentam os seus pleitos, os tribunais. Compreende-se, assim, que seja indispensável que o cidadão que entende, bem ou mal, que a ordem jurídica protege um seu interesse possa pedir a um desses órgãos que tome as providências adequadas a garantir a protecção desse interesse.

É precisamente este o sentido do princípio do acesso à justiça, consignado no artigo 20° da CRP, e que surge aqui configurado como um direito subjectivo público, o direito de acção. Se a ordem jurídica reconhecesse a alguém a titularidade de um direito mas não lhe garantisse a faculdade de para ele pedir protecção judicial, restaria ao titular tentar fazê-lo valer pelos seus próprios meios. E teríamos a barbárie em vez da civilização.

Todos nós temos, pois, o direito de pedir a um tribunal – e se tivermos razão, de obter deste – que defenda os nossos interesses.

No domínio das relações jurídico-administrativas, porém, não é suficiente a afirmação de tal direito. Na realidade, uma tradição hiper-formalista, ciosamente defendida, fez com que a história do contencioso administrativo português seja também (sobretudo até à reforma de 1984/1985), nalguma medida, uma história da denegação – ou, pelo menos, da dificultação - do acesso à

justiça. A manipulação sofisticada de conceitos como o de contencioso de mera legalidade, de acto definitivo, de recurso hierárquico necessário, de indeferimento tácito, etc., etc., transformou o acesso à jurisdição administrativa numa "corrida de obstáculos", em que as barreiras se iam colocando progressivamente mais alto, à medida que o "atleta" ia revelando maior cansaço. Quase se pode dizer que os tribunais administrativos portugueses despendiam maiores energias e mais tempo a procurar demonstrar por que razão não podiam resolver litígios do que a resolvê-los!

Compreende-se, assim, que o legislador do CPTA tenha aprofundado o princípio, subsumindo nele a ideia de promoção do acesso à justiça, constante do artigo 7º do CPTA. O que agora se diz é que o princípio do acesso à justiça abrange também a interpretação das normas jurídicas que regulam tal acesso: este só é efectivamente garantido se essas normas forem interpretadas pelo tribunal no sentido de promover pronúncias sobre o mérito das pretensões formuladas. Trata-se de recuperar a velha fórmula *in dubio pro actione.*

Por outras palavras: as normas que integram o ordenamento jurídico da justiça administrativa devem ser interpretadas por forma a favorecer a composição efectiva dos litígios jurídico-administrativos. Fazer justiça implica, em geral, na nossa sociedade, dar razão a uma das partes – e não explicar por que motivos se não dá razão a nenhuma delas.

5.2. O princípio da tutela jurisdicional efectiva

Mas o legislador não ficou satisfeito com este aprofundamento do princípio do acesso à justiça. Desconfortável com um passado de que, compreensivelmente, se não orgulha, manifestou a preocupação, claramente conexa com a do acesso à justiça, de explicitar o sentido daquilo que designou, na esteira da CRP (mais precisamente, do nº.4 do artigo 268º), por *tutela jurisdicional efectiva.*

Começando por adoptar esta mesma expressão como epígrafe, o artigo 2º do CPTA desenvolveu e pormenorizou, com detalhe quase obsessivo, o conteúdo do princípio. Respigamos do nº.1 deste preceito quatro ideias que se nos afiguram fundamentais:

1ª. A tutela jurisdicional efectiva impõe justiça "à medida", ou seja, uma intervenção judicial especificamente concebida para conferir protecção eficaz e adequada à pretensão deduzida em juízo;

2ª. A tutela jurisdicional efectiva exige justiça oportuna, isto é, justiça tão rápida quanto possível (é a ideia de *celeridade processual*);

3ª. A tutela jurisdicional efectiva recomenda aquilo que designaríamos por «flexibilidade» da instância, isto é, que o processo se possa adaptar às vicissitudes da vida; é esta ideia que explica as disposições relativas à modificação objectiva da instância (artigos 45º e 63º do CPTA), à alteração da instância (artigo 70º do CPTA) ou à substituição do acto impugnado, quando este haja sido revogado com eficácia retroactiva e substituído por outro (artigo 64º, nº.1, do CPTA); com a desejável flexibilidade da instância se relaciona ainda a possibilidade de o tribunal administrativo decidir questão que se inclua no âmbito de jurisdição distinta da administrativa, muito embora a decisão da questão prejudicial produza efeitos restritos ao processo em que foi suscitada (cfr. artigo 15º do CPTA);

4ª. A tutela jurisdicional efectiva reclama justiça estável, ou seja, decisões jurisdicionais definitivas sobre o direito aplicável ao litígio (com *força de caso julgado*).

E não se ficou por aqui: receoso de que o tribunal de primeira instância não compreendesse totalmente o absoluto empenho do legislador no sentido do reforço do acesso à justiça adminis-

trativa e da efectiva tutela jurisdicional, garantiu que, independentemente de quaisquer razões, sempre que o processo fosse dado por concluído sem que o mérito da causa houvesse sido apreciado, a decisão que assim determinasse seria passível de recurso (cfr. artigo 142°, n°.3, alínea d).

5.3. O princípio da igualdade das partes

O artigo 6° do CPTA consagra o princípio da igualdade efectiva das partes no processo, o que implica a paridade simétrica das posições das partes perante o tribunal.

Este princípio geral do processo civil – e agora, também, do processo administrativo contencioso – desdobra-se em vários subprincípios, dos quais destacaríamos dois:

a) O princípio do contraditório, hoje com o sentido do reconhecimento às partes de idênticos poderes para influenciarem activamente o desenvolvimento e a decisão do processo;

b) O princípio da igualdade de armas, que garante às partes o equilíbrio dos meios de intervenção processual a que podem recorrer no sentido de tentar fazer prevalecer em tribunal as posições que sustentam.

Note-se que, se falamos em equilíbrio e não em igualdade é porque, se há domínio em que a diversidade de posições entre as partes pode justificar um tratamento desigual, é exactamente na jurisdição administrativa. Daí que se compreenda que a nova lei mantenha a obrigação de a administração enviar ao tribunal o processo administrativo e demais documentos respeitantes à matéria em litígio (artigo 8°, n°.3, do CPTA).

Ao contrário do particular, a administração pública não pode ocultar do tribunal factos e circunstâncias que lhe sejam inconvenientes, o que se compreende, dado que, por muito subjectiva que seja a concepção do acesso à justiça administrativa na Reforma de 2002, não é possível olvidar que a administração prossegue necessariamente um interesse público, não estando em juízo para defender meros interesses privados egoístas (talvez por esta razão, o legislador preferiu enquadrar aquela obrigação no princípio da cooperação e boa fé processual). Esta desigualdade, desfavorável à administração pública, assenta, pois, num traço específico desta.

O novo CPTA, no mencionado artigo 6°, põe expressamente termo a uma das mais criticadas desigualdades, favoráveis à administração, decorrentes do quadro legal anterior: a impossibilidade de o tribunal condenar a administração pública como litigante de má fé.

5.4. O princípio da cumulação de pedidos

Este princípio assume uma importância muito particular na justiça administrativa. Fundamentalmente por duas razões: por um lado, porque as circunstâncias que justificam em geral as cumulações de pedidos assumem aqui grande relevo, pela frequência com que a tutela jurisdicional efectiva do interesse do autor exige que ele peça e obtenha do tribunal protecção para várias pretensões; por outro lado, porque a lei anterior, muito embora autorizando as cumulações, impunha a estas condições tais que as inviabilizava quase por completo.

Daí que o legislador afirme agora, enfaticamente, que *é permitida a cumulação de pedidos* ***sempre*** *que...* (artigo 4°. n°.1, do CPTA). O que isto significa é que a lei reconhece hoje, como princípio, que todas as pretensões que alguém deseje formular contra uma entidade pública e que tenham a ver com os mesmos factos ou, até, com as mesmas normas jurídicas, devem sê-lo em simultâneo. Pretende-se desta forma, e muito louvavelmente, pôr termo a uma longa tradição de tratamento judicial autónomo de cada pretensão, que forçava o infeliz interessado a uma interminável "romagem" através das instâncias da jurisdição administrativa, em busca, não

do tempo – que, uma vez perdido, não volta mais –, mas da miragem de uma protecção jurisdicional eficaz. Note-se ainda que a enumeração constante do nº.2 do mesmo artigo 4º tem, naturalmente, carácter meramente exemplificativo.

5.5. O princípio da cooperação e da boa fé processual

Sob a designação de princípio da cooperação e da boa fé processual, o artigo 8º do CPTA agrupou duas ideias base: a cooperação e a economia processual.

Da ideia de cooperação entre o tribunal e as partes extraiu, sobretudo, consequências para a administração pública litigante, fazendo recair sobre esta diversos deveres: o dever de remeter ao tribunal o processo administrativo e demais documentos relevantes, já referido, e o dever de comunicar ao tribunal as vicissitudes susceptíveis de influírem no tratamento jurisdicional da causa – a revogação do acto administrativo impugnado, por exemplo.

Da ideia de economia processual extraiu o corolário de que as partes não devem requerer a realização de diligências que não tenham utilidade para a composição do litígio, nem adoptar expedientes dilatórios, isto é, comportamentos que apenas sirvam para fazer perder tempo.

6. Os meios processuais

6.1. Noção

Cada pretensão dirigida aos tribunais administrativos deve adoptar um determinado meio processual, isto é, uma forma tipificada de a veicular, sem o que não pode ser recebida pelo tribunal.

Os meios processuais próprios da jurisdição administrativa distribuem-se por dois grupos: os *meios principais* e os *meios acessórios*. A diferença entre uns e outros assenta no critério da autonomia: a utilização de cada meio principal é independente do eventual uso de qualquer outro meio processual; já a utilização de um meio acessório se encontra na dependência de outro meio processual, este de carácter principal.

Os meios processuais principais, pelo seu lado, também se podem subdividir em dois grupos: os meios processuais *urgentes* – que beneficiam de regras que visam acelerar a sua tramitação – e os outros meios processuais – que são tramitados a uma velocidade, digamos, normal.

Na nossa lei actual os meios processuais principais urgentes são:

a) As impugnações em matéria eleitoral;

b) As impugnações de actos administrativos de natureza pré-contratual;

c) As intimações para prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões;

d) A intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias.

Os outros meios processuais principais são:

a) A acção administrativa comum;

b) A acção administrativa especial.

Quanto aos meios processuais acessórios, encontram-se englobados no grupo dos processos cautelares.

Na impossibilidade de abordarmos todos os meios processuais, iremos concentrar-nos em dois, escolhidos em função da inovação que representam no plano da protecção judicial dos cidadãos contra os abusos da administração pública:

– a acção administrativa especial, quando o pedido é o de condenação da administração pública à prática de acto administrativo devido;

– a intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias.

6.2. O novo pedido de condenação à prática de acto administrativo devido

O objecto do processo é a pretensão do interessado a ver praticado um acto administrativo que, nos termos da lei, o deveria ter sido, porque a sua omissão ou recusa afectou negativamente direitos subjectivos ou interesses legítimos. O pedido apresenta natureza condenatória: o interessado pede ao tribunal que condene a entidade administrativa a que pertence o órgão com competência para praticar um certo acto e sobre quem impende o dever legal de o fazer, mas que recusou ou omitiu tal prática, a praticá-lo (cfr. artigo 66° do CPTA).

Faz sentido recordar aqui o que se afirmou noutro ponto: a delimitação do conceito de acto administrativo devido não pode ignorar que o juiz administrativo não tem por missão controlar o mérito ou a oportunidade da actuação administrativa pública, apenas lhe cabendo julgar do cumprimento pela administração pública das normas e princípios jurídicos a que deve obediência.

Significa isto que a determinação daquilo que se haverá de considerar legalmente *devido* pela administração pública há-de emergir da análise dos elementos discricionários e vinculados da decisão administrativa: *devida* será sempre uma resposta do órgão competente ao requerimento do particular, seja ela favorável ou desfavorável; mas *devida* será apenas a prática de um acto cujo conteúdo seja determinado pelas vinculações legais que parametrizem tal prática.

O pedido de condenação à prática do acto administrativo devido somente pode ser formulado quando se verifique uma das circunstâncias previstas no n°.1 do artigo 67° do CPTA:

a) Quando o órgão competente para a prática do acto sobre quem impendesse o dever legal de o praticar não o tenha feito dentro do prazo legalmente estabelecido;

b) Quando a prática do acto devido tenha sido recusada pelo órgão competente;

c) Quando o órgão competente para a prática do acto tenha recusado a apreciação de requerimento dirigido à sua prática.

Note-se que a lei, ao prever estas três circunstâncias, teve presente que o órgão administrativo competente tem sempre o dever de se pronunciar sobre os requerimentos dos interessados. Mas isto não significa, evidentemente, que tenha sempre a obrigação de decidir favoravelmente tais pedidos.

Na realidade, o dever que recai sobre o órgão competente para decidir é o de tomar uma decisão que respeite todas as vinculações absolutas – forma, formalidades, fim, etc. – e que concretize suficientemente as vinculações tendenciais decorrentes dos princípios constitucionais condutores da actividade administrativa – igualdade, imparcialidade, proporcionalidade, boa fé, etc. É apenas isto que o tribunal administrativo pode apreciar, porque é somente isto que é *legalmente devido*. E é apenas a isto que o tribunal pode condenar a administração pública.

Em nosso entender, é este o sentido da regra fundamental do n°.2 do artigo 71° do CPTA: para um acto administrativo com um conteúdo específico ser *devido* é indispensável que a lei permita afastar, como ilegal, todo e qualquer acto de conteúdo diverso. No caso, que é o mais comum, de tal não ser possível, subsistindo duas ou três ou dez ou cem possibilidades de conteúdo para o acto administrativo, todas conformes à lei, todas igualmente respeitadoras das vinculações legais, então o mais que o tribunal pode considerar *devido* é o cumprimento pela administração pública de tais vinculações.

6.3. Intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias

A intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias é uma novidade absoluta da Reforma de 2002, nada existindo de comparável no direito administrativo português ante-

rior. Inspira-se, provavelmente, no recurso de amparo mexicano e no mandado de segurança brasileiro.

A ideia parece ser a de colocar à disposição dos interessados um meio rápido e flexível de obter tutela para um direito fundamental da espécie direitos, liberdades e garantias, ameaçado, no seu exercício em tempo útil, por um comportamento positivo ou omissivo da administração pública. Pensemos, por exemplo, na proibição de uma manifestação para protestar contra a vinda a Lisboa de um chefe de Estado estrangeiro: a intimação da administração poderá ser utilizada para assegurar que o direito de manifestação é exercido no dia pretendido pelos manifestantes, isto é, o próprio dia da chegada, e não em momento posterior, em que já não produzirá o mesmo efeito.

Para ser admissível o recurso a este meio processual, a lei (artigo 109º, nº.1, do CPTA) exige que não seja possível ou suficiente para assegurar o exercício, em tempo útil, do direito em causa, o decretamento provisório de uma providência cautelar. Isto significa que o legislador tratou esta intimação como um meio processual de carácter supletivo, sujeitando-a a um pressuposto processual específico negativo.

A tramitação da intimação encontra-se regulada nos nºs.1, 2 e 3 do artigo 110º e no artigo 111º do CPTA.

Sublinhamos os seguintes aspectos:

– os prazos fixados são bastante reduzidos, reflectindo a urgência da decisão;

– a faculdade que assiste ao juiz, quando reconheça a possibilidade de lesão eminente e irreversível do direito, liberdade ou garantia, de encurtar ainda mais os prazos fixados ou substituir a notificação do requerido para responder por escrito pela realização de uma audiência oral, no termo da qual tomará a sua decisão;

– a faculdade, de que o juiz também dispõe, de alterar a forma de tramitação do processo, determinando, em consideração da complexidade da matéria, a adopção daquela que o código estabelece para a acção administrativa especial.

A decisão do processo, quando favorável ao autor, determina sempre o comportamento que o intimado deve adoptar, podendo ainda incluir a fixação de um prazo para o mesmo e a identificação do responsável (cfr. artigo 110º, nº.4, do CPTA).

O tribunal pode conferir à decisão efeitos sub-rogatórios, isto é, atribuir-lhe os efeitos do acto administrativo que a administração pública devesse ter praticado; todavia, isto somente é possível quando tal acto fosse estritamente vinculado, ou seja, quando a administração não pudesse legalmente ter optado pela prática de acto diverso. Os casos mais comuns em que esta situação pode ocorrer correspondem, como a própria lei refere, a actos de execução de um acto administrativo anteriormente praticado (cfr. artigo 109º, nº.3, do CPTA).

Note-se que o eventual incumprimento da intimação sujeita o intimado ao pagamento de uma sanção pecuniária compulsória, isto é, uma multa diária por cada dia de incumprimento da intimação, para além da responsabilidade civil, disciplinar e criminal a que houver lugar (cfr. artigos 110º, nº.5, e 169º do CPTA).

7. ARBITRAGEM

É absolutamente essencial tomar em consideração as origens do direito administrativo para compreender os sérios obstáculos na procura de um "território" jurídico favorável à arbitragem,

no âmbito de um litígio entre uma pessoa colectiva pública e um particular, cujo objecto constitua matéria regulada pelo direito administrativo.

O principal obstáculo decorre da indisponibilidade da competência. As competências são incontestavelmente poderes jurídicos mas não constituem direitos subjectivos. Se admitirmos que os direitos subjectivos são faculdades jurídicas orientadas para a realização de um interesse próprio do seu titular, teremos que aceitar que as competências, apesar de serem poderes jurídicos, não são verdadeiros direitos subjectivos. Na verdade, elas visam a realização de um interesse que não é próprio do órgão administrativo, ou seja, um interesse público da colectividade – estadual ou outra – que instituiu a pessoa colectiva pública a que tal órgão pertence.

Uma vez que as competências são verdadeiros poderes funcionais, o seu exercício não está confiado ao livre arbítrio do órgão administrativo: a autonomia da vontade – que permite a qualquer pessoa, em princípio, dispor dos seus direitos – dá lugar ao respeito pela legalidade, acarretando a indisponibilidade dos poderes funcionais. Na medida em que a arbitragem pode exigir uma certa "gestão" dos poderes jurídicos dos órgãos da administração pública, ela pode ser dificultada pela indisponibilidade destes poderes.

Olhando para os artigos que no CPTA regulam a arbitragem, salta a vista a distinção entre a arbitragem *ad hoc* – para a qual se escolhem, pontualmente, os árbitros – e a arbitragem permanente ou institucional – confiada a entidades estáveis, especificamente habilitadas a resolver determinadas espécies de conflitos. Não por se tratar de uma distinção inovadora, mas porque o legislador a tomou como ponto de partida para aquilo que se poderia designar por "geometria variável" da arbitragem.

O legislador começou, no artigo 180°, por estabelecer um âmbito para a arbitragem que é apenas um pouco mais amplo do que o permitido pela lei anterior, ao alargar modestamente as possibilidades de recurso à via arbitral a alguns – poucos – litígios relativos a actos administrativos.

Porém, mais adiante verifica-se que esse modesto alargamento de âmbito só o é relativamente à arbitragem *ad hoc*, pois que a arbitragem institucional, organizada em centros de arbitragem, pode abranger, para além dos contratos e da responsabilidade civil da administração, três outras matérias (artigo 187°, n°.1, alíneas c), d) e e).

Um olhar mais fino permite detalhar o âmbito da arbitragem. Esta é possível nas seguintes matérias:

– questões relativas a contratos;

– questões relativas à responsabilidade civil extracontratual por actos praticados no exercício da função administrativa;

– questões relativas a actos administrativos;

– funcionalismo público;

– sistemas públicos de protecção social;

– urbanismo.

Se a abertura à via arbitral em matéria de contratos e de responsabilidade da administração corresponde a uma tradição portuguesa, não merecendo, por isso, especial referência, já as restantes matérias constituem novidade

No que respeita à possibilidade do recurso à arbitragem para resolver questões relativas a actos administrativos, a lei adoptou uma formulação claramente restritiva: somente podem ser submetidos a arbitragem litígios relativos a actos legais não constitutivos de direitos, visto que apenas estes podem ser revogados com fundamento em inconveniência. Poderemos pensar,

quer em actos que concedem vantagens aos interessados, como os relativos à utilização privativa de bens do domínio público, pacificamente considerados como precários, quer em actos constitutivos de encargos ou sujeições, como as sanções disciplinares.

Na referência legislativa a *sistemas públicos de protecção social* admitimos estarem incluídos litígios emergentes, designadamente, das relações jurídicas de segurança social; por exemplo, o conflito relativo ao alegado direito ao subsídio de desemprego, que a administração pública entende não existir, ou ao montante do mesmo, quando seja controvertido. Não estamos, porém, seguros de que a arbitragem possa funcionar nestes casos, uma vez que as prestações de segurança social são objecto de direitos subjectivos públicos, cujas atribuição e liquidação estão apenas dependentes da verificação de certos pressupostos precisamente enumerados e descritos na lei.

Já quanto às questões urbanísticas nos parece adequada a previsão da via arbitral: dada a natureza das relações jurídicas multipolares que caracterizam o direito do urbanismo e a complexidade técnica e económica de muitos litígios – imagine-se a aplicação de mecanismos de compensação urbanística – a arbitragem apresenta inúmeras possibilidades.

A previsão relativa ao funcionalismo público é que, à primeira vista, não parece tão acertada: na verdade, considerado o carácter quase totalmente estatutário que o regime jurídico da função pública reveste entre nós, não se descortina facilmente qual poderá ser o âmbito da arbitragem.

Na verdade, é habitual estabelecer um paralelo entre os direitos subjectivos indisponíveis do direito privado e as situações resultantes para a administração pública de normas imperativas.

Encaremos do direito a férias dos funcionários públicos. Não será possível, em caso algum, submeter a um processo arbitral a pretensão de um funcionário que entenda que deverá ter um período de férias superior ao legal: fazê-lo, significaria admitir que a decisão arbitral poderia ser *contra legem*.

Suponhamos, porém, que o litígio incide sobre a localização temporal do período de férias: o funcionário pretende gozar as férias em Julho e o dirigente dos serviços considera que ele só poderá ter as suas férias em Setembro. Haverá algum obstáculo legal ou algum inconveniente prático em submeter este conflito a arbitragem? Parece-nos claro que não existe. Não será até a via arbitral muito mais adequada a resolver este tipo de litígios do que o recurso a um tribunal administrativo?

O exemplo mostra que, ao contrário da aparência, existe espaço bastante para a arbitragem de conflitos laborais na função pública: a natureza estatutária da maior parte da regulamentação laboral desta não suprime o espaço de controvérsia possível, que pode abranger áreas tão importantes como a disciplina do trabalho, o tempo de trabalho (adopção de horários flexíveis, por exemplo) ou a justificação de faltas.

PRINCIPAL BIBLIOGRAFIA PORTUGUESA

AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo,* 2.a edição, Coimbra, 1976;

DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Volume I, 2ª edição, Coimbra, 1994; Volume II, Coimbra, 2001;

DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Conceito e natureza do recurso hierárquico,* Coimbra, 1981;

DIOGO FREITAS DO AMARAL e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo,* Coimbra, 2002;

JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 7ª edição, Lisboa, 2003;

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa – (Lições)*, 6ª edição, Coimbra, 2004;

JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo,* Lisboa, 1982;

JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos,* Coimbra, 1987, pp. 179 a 197

MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo,* Coimbra, Volume, 10.a edição, 1980 (reimpressão) e II Volume, 9.a edição (reimpressão);

MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Administrativo Geral. Introdução e princípios fundamentais*, Tomo I, Lisboa, 2004;

MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA, *Da Justiça Administrativa em Portugal,* Lisboa, 1994;

MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA, *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, Lisboa, 1997;

MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga para o direito privado,* Coimbra, 1996;

MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo contrato administrativo,* Coimbra, 1990:

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, 3ª edição, Coimbra, 2004;

MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo,* 2.a edição, Coimbra, 1984;

PAULO OTERO, *Legalidade e Administração pública. O Sentido da Vinculação Administrativa à Jurisdicidade*, Coimbra, 2003;

PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo – Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra, 2002;

ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo,* Coimbra, 1978;

VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido,* Coimbra, 1996.

PRINCIPAIS ABREVIATURAS

CA	– Código Administrativo
CPA	– Código do Procedimento Administrativo
CPTA	– Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP	– Constituição da República Portuguesa
ETAF	– Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
STA	– Supremo Tribunal Administrativo
TCA	– Tribunal Central Administrativo

PANORAMA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO URUGUAYO

CARLOS E. DELPIAZZO*

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Profesor de Derecho Administrativo, Profesor de Informática Jurídica, y Director del Instituto de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Profesor de Derecho Administrativo, Director del Programa Master de Derecho Administrativo Económico (PMDAE), y Profesor de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Profesor Visitante de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano (Argentina). Profesor Extraordinario Visitante de la Universidad Católica de Salta (Argentina). Autor de varios libros y múltiples trabajos sobre temas de su especialidad. Miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina, de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, y del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

I. MODELO REGULATIVO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. BASES CONSTITUCIONALES. CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y FUENTES.

La República Oriental del Uruguay nació a la vida independiente el 25 de agosto de 1825, jurándose la primera Constitución patria el 18 de julio de 1830. La misma fue objeto de sucesivas modificaciones, siendo las principales las de 1917, 1934, 1942, 1952, 1967 (última codificada) y 1997[1].

Como resultado de esa evolución, el país tiene una organización unitaria, en la que el Estado (persona jurídica mayor) se expresa a través de los tres clásicos Poderes de Gobierno, sin perjuicio de la existencia de Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos Departamentales (personas jurídicas menores) que manifiestan respectivamente la descentralización funcional o por servicios los dos primeros y la descentralización territorial los últimos[2].

A través de ese devenir, al igual que en otras naciones, se ha verificado entre nosotros una **constitucionalización del Derecho Administrativo**[3], que ha permitido identificar un conjunto de bases políticas, económicas, sociales y jurídicas de la Administración pública uruguaya[4].

Entre las *bases políticas* se agrupan las que determinan la existencia soberana del Estado, la forma de gobierno, el ejercicio del poder público, las bases de la ciudadanía y el sufragio, los derechos fundamentales, los cometidos estatales esenciales, el régimen de control, el estatuto de los funcionarios públicos y la responsabilidad del Estado.

Entre las *bases sociales* se incluyen la protección de la familia, el perfeccionamiento físico, moral e intelectual de los habitantes, la protección del trabajador y la regulación de la seguridad social.

Entre las *bases económicas* se encuentran las reglas y principios que regulan la actividad de los particulares –en principio libre salvo limitación legal– y la intervención del Estado.

Entre las *bases jurídicas* se destacan las disposiciones que refieren a la forma de elaboración de las diferentes normas que contempla el ordenamiento jurídico así como a su control, la subordinación al principio de juridicidad y la plena vigencia del Estado democrático de Derecho.

[1] Ver: Héctor GROS ESPIELL. "Evolución constitucional del Uruguay" (F.C.U., Montevideo, 2003), 3ª edición actualizada.

[2] Carlos E. DELPIAZZO. "Bases conceptuales de la organización administrativa uruguaya", en Rev. de Administración Pública Uruguaya (Montevideo, 1998), Nº 22, pág. 61 y sigtes.

[3] Alberto Ramón REAL. "Bases constitucionales de la Administración Pública", en Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo, 1959), Año X, Nº 1-2, pág. 417 y sigtes.

[4] Daniel Hugo MARTINS. "Introducción al Derecho Administrativo" (F.C.U., Montevideo, 1982), pág. 95 y sigtes.

Como consecuencia de la confluencia de tales bases fundantes, la Administración pública uruguaya aparece connotada por su esencial servicialidad, la que se concreta en el servicio a los intereses colectivos, de lo que deriva su naturaleza instrumental o vicarial para el logro del bien común, su ser para otros, a fin de que los componentes del cuerpo social –todos– puedan alcanzar plenamente sus fines propios.

Con ese marco, el **Derecho Administrativo uruguayo** ha tenido un significativo desenvolvimiento, tanto desde su consideración como rama del Derecho cuanto desde el punto de vista científico.

Bajo el primer enfoque, el Derecho Administrativo *en tanto que Derecho*, es una parte del Derecho público, conjuntamente con el Derecho Constitucional, al que se encuentra íntimamente ligado. Perteneciendo al género del Derecho público, la diferencia específica que permite alcanzar su concepto radica en su objeto: regula la organización de la Administración, tanto en lo que refiere a su estructura (aspecto estático) como a su funcionamiento (aspecto dinámico), y la actividad de ésta, tanto la concretada en actos jurídicos (aspecto teórico) como en operaciones materiales (aspecto práctico), que se realiza a través del ejercicio de la función administrativa.

En su esencia, el Derecho Administrativo se nos presenta como un intento permanente de hacer compatible las prerrogativas de la Administración con las garantías de la libertad del administrado, en función del fin trascendente de la obtención del bien común[5].

Por otra parte, *en cuanto ciencia* que tiene por objeto el estudio de la rama jurídica que viene de caracterizarse, el Derecho Administrativo es una disciplina de formación reciente ya que nace como consecuencia de la aparición del Estado constitucional (fines del siglo XVIII), desarrollándose a partir del último cuarto del siglo XIX. Quiere decir que existió Administración antes que Derecho Administrativo.

En nuestro país[6], la Cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad de la República se creó el 15 de febrero de 1878, siendo su primer catedrático Carlos María RAMIREZ, quien ya enseñaba nociones de la asignatura desde 1871 en la Cátedra de Derecho Constitucional. No obstante, fue Carlos María DE PENA quien desempeñó efectivamente la Cátedra desde 1887. Fue seguido por Rodolfo SAYAGUES LASO, Alberto DEMICHELLI, Juan José CARBAJAL VICTORICA y Aparicio MENDEZ, el "arquitecto" de la teoría de la organización administrativa en nuestro país mediante su trilogía compuesta por "La Teoría del Órgano", "La Jerarquía" y "Sistemas Orgánicos".

Sin desconocer el aporte de otros Profesores, el gran "constructor" del Derecho Administrativo nacional fue Enrique SAYAGUES LASO a través de su "Tratado de Derecho Administrativo" y de su magisterio.

Fallecido trágicamente SAYAGUES LASO en 1965, una pléyade de Profesores continuaron su labor, destacándose, entre quienes ya no están, Alberto Ramón REAL y Héctor BARBE PEREZ, cuya obra, desde distintas ópticas, tuvo el común denominador de centrar en la persona humana la perspectiva de análisis de la disciplina. También cabe recordar a Héctor GIORGI como el "orfebre" del contencioso administrativo de anulación, a Julio A. PRAT como el "actualizador", y a Daniel Hugo MARTINS y Héctor FRUGONE SCHIAVONE, como los dos "artífices" de la parte especial del Derecho Administrativo.

[5] Carlos E. DELPIAZZO. "Dignidad humana y Derecho" (U.M., Montevideo, 2001), págs. 17, 41, 75 y 88 y sigtes.

[6] Daniel Hugo MARTINS. "Los primeros cien años de la enseñanza del Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República", en Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político (Montevideo, 1996), tomo XII, N° 67-71, pág. 553 y sigtes.

Entre las **fuentes principales del Derecho Administrativo**, cabe referirse a los principios generales de Derecho, la Constitución, los actos legislativos (tanto nacionales como departamentales), el reglamento, y las fuentes del nuevo Derecho de la integración del Mercosur.

Respecto a los *principios generales de Derecho*, es posible hacer coincidir su concepto con su designación (a través de las tres palabras que componen su nombre).

En primer lugar, son principios por cuanto constituyen los soportes primarios estructurales del sistema jurídico todo, al que prestan su contenido.

En segundo lugar, son reglas de carácter general porque trascienden un precepto concreto y no se confunden con apreciaciones singulares o particulares.

En tercer lugar, los principios generales son de Derecho ya que se trata de fórmulas técnicas del mundo jurídico y no de simples criterios morales, buenas intenciones o vagas directivas.

Desde el punto de vista de su jerarquía, participan de la suprema eficacia normativa de la Constitución e incluso cabe sostener que se ubican por encima de la misma por ser anteriores a ella, que los reconoce nominadamente en el art. 332 e innominadamente en el art. 72, a cuyo tenor "La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o que se derivan de la forma republicana de gobierno". Además, constituyen fuente directa y principal de nuestro Derecho porque "sería ontológicamente absurdo y lógicamente contradictorio que siendo principios generales sólo se apliquen si no hay texto, sino que los textos deben estar de acuerdo a los principios y los principios de acuerdo a la naturaleza de las cosas"[7].

En cuanto a la *Constitución*, cabe definirla, desde el punto de vista formal, como el conjunto de normas sancionadas por el procedimiento establecido expresamente a esos efectos, y desde el punto de vista material, como el conjunto de disposiciones fundamentales relativas a la organización estatal (parte orgánica) y a los derechos y deberes individuales (parte dogmática).

Su jerarquía de máximo nivel positivo deriva de la eficacia formal en ella misma reconocida, la que no puede ser modificada sino por las vías en ella previstas, incidiendo sobre el ordenamiento preexistente con fuerza innovativa.

Entre las fuentes de carácter legislativo, corresponde mencionar a las *leyes* propiamente dichas y a los llamados *decretos de las Juntas Departamentales*, a los que la Constitución reconoce "fuerza de ley en su jurisdicción" (art. 260). En nuestro Derecho, no se prevé la existencia de *decretos leyes* (actos emanados del Poder Ejecutivo con eficacia normativa de leyes), usándose tal denominación para designar a los actos legislativos de los gobiernos de facto, convalidados a su finalización.

Por lo tanto, en cuanto a su caracterización, cabe decir que, mientras las leyes son (a nivel de la persona pública mayor Estado) actos emanados del Poder Legislativo conforme a alguno de los procedimientos constitucionalmente previstos para ello, los decretos de las Juntas Departamentales son (a nivel de las entidades estatales menores de base territorial denominadas Gobiernos Departamentales) actos, también legislativos, dictados según los procedimientos previstos en la Carta al efecto, limitados a las materias departamental y municipal.

Desde el punto de vista de su jerarquía, los actos legislativos se ubican por debajo de la Constitución rígida, por lo que su eventual contradicción con ella determina inconstitucionalidad o derogación.

[7] Héctor BARBE PEREZ. "Los principios generales de Derecho como fuente de Derecho Administrativo", en Estudios en memoria de Juan José Amézaga (Montevideo, 1958), pág. 37 y sigtes.

Respecto al *reglamento*, cabe decir que, en el Derecho positivo uruguayo, su caracterización es la de un tipo de acto administrativo según resulta de claras normas constitucionales, legales y reglamentarias; se trata del acto unilateral de la Administración que crea normas jurídicas generales, por oposición al acto administrativo en sentido estricto como el acto de la Administración que produce efectos subjetivos[8].

En nuestro país, el reglamento es siempre acto administrativo sometido a la ley, afirmación que es válida aún respecto a los llamados reglamentos autónomos.

El desarrollo del llamado *Derecho de la integración* en el ámbito del Mercado Común del Sur (Mercosur) ha aparejado un significativo aporte creador de normas jurídicas constitutivas de un ordenamiento jurídico nuevo[9].

A diferencia del Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, constitutivo de la Comunidad Económica Europea y de modo similar a lo acontecido en el ámbito del Pacto Andino, el Tratado fundacional del Mercosur suscrito en Asunción el 26 de marzo de 1991 no previó un elenco de fuentes ni reguló sus efectos y relaciones, limitándose a establecer los elementos básicos del procedimiento para llegar a la conformación de un mercado común y un sistema orgánico provisional a tal fin.

Será recién en el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias firmado el 17 de diciembre de 1991 donde se establecerá un primer enunciado del ordenamiento de fuentes del Mercosur. De acuerdo a su art. 19, de modo coherente con lo previsto en los arts. 1 y 25, dicho ordenamiento está constituído por las disposiciones del Tratado de Asunción, los acuerdos celebrados en el marco del mismo, las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común, como así también "los principios y disposiciones del Derecho internacional aplicables en la materia".

Tales disposiciones reconocen un Derecho originario conformado por el Tratado de Asunción con sus anexos y los acuerdos celebrados en el marco del mismo, y un Derecho derivado formado por los actos jurídicos emanados del Consejo del Mercado Común y del Grupo Mercado Común que el Protocolo denomina Decisiones y Resoluciones respectivamente. Asimismo, suponen un ordenamiento normativo jerárquico ya que el Derecho derivado está subordinado al originario, y dentro del Derecho derivado, las Resoluciones del Grupo Mercado Común se encuentran subordinadas a las Decisiones del Consejo del Mercado Común en virtud de la diferente posición institucional de estos órganos[10].

Con la aprobación del Protocolo de Ouro Preto de 17 de diciembre de 1994, se dedica el capítulo V a regular específicamente las "Fuentes Jurídicas del Mercosur". Al tenor de su art. 41, "las fuentes jurídicas del Mercosur son:

I. El Tratado de Asunción, sus Protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios;

II. Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus Protocolos;

[8] Carlos E. DELPIAZZO. "Acto administrativo y reglamento en el Derecho uruguayo", en Jornadas sobre Acto Administrativo y Reglamento (Edit. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2002), pág. 571 y sigtes.

[9] Carlos E. DELPIAZZO. "Alcances y límites del Derecho de la Integración", en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 1998), Nº 13, pág. 45 y sigtes.; y "El Derecho de la Integración frente a la Constitución uruguaya", en Rev. Actualidad en el Derecho Público (Buenos Aires, 1999), Nº 9, pág. 107 y sigtes.

[10] Carlos E. DELPIAZZO. "Fuentes del Derecho de la Integración", en A.A.V.V. "El Derecho de la Integración del Mercosur" (U.M., Montevideo, 1999), pág. 67 y sigtes.

III. Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción".

Agrega el art. 42 que "las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el art. 2 de este Protocolo –que son aquellos "con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur"– tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país".

De dicho cuadro normativo, se desprende que el denominado Derecho originario o primario del Mercosur está conformado por los *tratados internacionales* que lo estructuran o modifican. Son acuerdos de voluntades entre los Estados participantes, cuyo contenido material presenta cierta similitud con las Constituciones nacionales: enunciado programático, creación de órganos y reparto de competencias.

A nivel del Derecho derivado o secundario, corresponde hacer referencia, en primer término, a las *Decisiones*, respecto a las cuales el art. 9° del Protocolo de Ouro Preto establece que "el Consejo del Mercado Común se pronunciará mediante Decisiones, las que serán obligatorias para los Estados partes".

De este modo, superando la indiferenciación que resultaba del Tratado de Asunción –cuyo art. 16 se refería a "las decisiones del Consejo del Mercado Común y del Grupo Mercado Común– se viene a precisar que se denominan Decisiones sólo los actos emanados del "órgano superior del Mercosur" (art. 3° del citado Protocolo), al que se le atribuye la supremacía institucional y jerárquica de la organización.

Lamentablemente, no se ha definido el alcance ni las características propias de este tipo de fuente formal del Mercosur.

En segundo término, otros actos típicos dentro del Derecho derivado del Mercosur lo constituyen las *Resoluciones*. Más allá del sentido habitual de la expresión en el Derecho Administrativo para individualizar a las normas particulares y concretas creadas por acto administrativo, el art. 15 del Protocolo de Ouro Preto establece que "el Grupo Mercado Común se pronunciará mediante Resoluciones, las cuales serán obligatorias para los Estados partes".

En consecuencia, se trata de la denominación atribuida a los actos emanados del "órgano ejecutivo del Mercosur" (art. 10 de dicho Protocolo), el cual está subordinado jerárquicamente al Consejo del Mercado Común.

Al igual que en el caso de las Decisiones, no se precisan el alcance y los atributos de las Resoluciones, salvo su subordinación a aquéllas.

En tercer término, cabe mencionar las *Directivas*, que, en el ámbito del Mercosur, no responden al concepto técnico que aporta el Derecho Administrativo ni a la noción positiva que surge del tratado fundacional de la actual Unión Europea. Por el contrario, siguiendo la misma técnica usada para las Decisiones y Resoluciones, el art. 20 del Protocolo de Ouro Preto dispone que "la Comisión de Comercio del Mercosur se pronunciará mediante Directivas o Propuestas". Y añade: "Las Directivas serán obligatorias para los Estados partes".

Ello significa que estamos en presencia de una fuente nominada de Derecho derivado –los actos jurídicos emergentes de la Comisión de Comercio– cuyo alcance y peculiaridades tampoco se definen.

En cuarto término, debe tenerse presente que la precedente enumeración de fuentes no se considera taxativa, por lo que la doctrina suele agregar *otras fuentes*, tales como el Derecho Internacional, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales de Derecho.

Respecto a la jerarquía de las indicadas fuentes del Mercosur, para determinar la pirámide jurídica y la relación de sus componentes con los distintos actos jurídicos que conforman el ordenamiento interno de cada uno de los Estados que lo componen, es preciso atender a su eficacia formal.

En lo que refiere al primer aspecto, si bien no se ha establecido una jerarquización expresa de las diversas normas que constituyen el ordenamiento jurídico del Mercosur, es evidente que el Derecho originario constituido por los Tratados y Protocolos constitutivos posee mayor valor y fuerza que el Derecho derivado emergente de los órganos por ellos creados.

A su vez, dentro de las normas de Derecho derivado, la jerarquía queda determinada según el órgano que la dictó. En consecuencia, las Decisiones emanadas del órgano superior del Mercosur prevalecerán sobre las Resoluciones del órgano ejecutivo, y éstas sobre las Directivas, en la medida que la Comisión de Comercio aparece como un órgano subordinado al Grupo Mercado Común. Quiere decir que los diversos actos jurídicos de los órganos del Mercosur tienen distinto valor y fuerza no por su diferente naturaleza sino por la distinta posición institucional de los órganos de los cuales emanan.

Con relación al segundo de los indicados aspectos, es decir, la relación de cada fuente de Derecho del Mercosur con los distintos actos jurídicos que conforman el ordenamiento interno del Estado uruguayo, en la medida que el Derecho originario se incorpora formalmente al mismo por la vía de la ley, es preciso reputar al Derecho derivado como sub-legal.

II. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

La organización administrativa uruguaya se desenvuelve a través de la persona pública mayor Estado y de las personas públicas estatales menores que expresan la descentralización funcional (Entes Autónomos y Servicios Descentralizados) y la descentralización territorial (Gobiernos Departamentales).

De acuerdo a la Constitución, la persona pública mayor **Estado** manifiesta su voluntad, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y de los tres órganos de creación constitucional, separados y distintos de los Poderes de Gobierno, a saber: Tribunal de Cuentas, Corte Electoral y Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Si bien es frecuente identificar al Estado con la Administración Central (en sentido amplio), estrictamente la noción de Administración Central (en sentido restringido) suele referirse al Poder Ejecutivo.

Respecto al mismo, cabe señalar que la expresión Poder Ejecutivo tiene un doble significado orgánico[11] ya que designa a uno de los tres Poderes de gobierno (sistema orgánico) y al jerarca máximo del mismo (órgano):

[11] Carlos E. DELPIAZZO. "Bases conceptuales de la organización administrativa uruguaya" cit., pág. 65.

a) como sistema orgánico, se trata de un sistema centralizado compuesto básicamente por el órgano jerarca del mismo nombre, que lo encabeza, los Ministerios y sus dependencias; y

b) como órgano jerarca, el Poder Ejecutivo es un órgano cuyas formas de actuación y composición ha dado lugar a pluralidad de enfoques a partir de la interpretación de los textos constitucionales.

En cuanto al *Poder Ejecutivo como órgano jerarca* del sistema orgánico del mismo nombre, el art. 149 de la Constitución es la norma clave para desentrañar los dos aspectos señalados.

Respecto a sus formas de actuación, establece la citada norma que "El Poder Ejecutivo será ejercido por el Presidente de la República actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros, de acuerdo a lo establecido en esta Sección y demás disposiciones concordantes".

Quiere decir que el texto constitucional reconoce dos forma directas y normales de actuación del órgano, sin perjuicio de las formas indirectas (derivadas de la delegación de atribuciones) y de la excepcional (constituída por la actuación del Presidente de la República solo).

En cuanto a las formas directas y normales, corresponde hacer referencia en primer término a la forma innominada "acuerdo", consistente en la conjunción de voluntades del Presidente de la República con un Ministro (acuerdo singular), con varios Ministros (acuerdo plural) o con la totalidad de los Ministros (acuerdo general).

La segunda forma directa y normal de actuación del órgano Poder Ejecutivo es en Consejo de Ministros, al cual la Constitución (art. 160 y concordantes) reserva determinado ámbito privativo de competencia[12].

Son formas indirectas de actuación del órgano Poder Ejecutivo las resultantes de lo previsto en el art. 168, num. 24 y en el art. 181, nums. 8° y 9°, que refieren a la delegación de atribuciones[13].

Respecto a la composición y naturaleza del órgano, de lo que viene de decirse resulta que el órgano Poder Ejecutivo, ya funcione en forma de acuerdo del Presidente de la República con el Ministro o Ministros respectivos, ya funcione en Consejo de Ministros presidido por el Presidente de la República, está compuesto por los mismos cargos que, aisladamente, componen además los órganos unipersonales Presidencia de la República y Ministerios. Cuando el Presidente de la República vota en el Consejo de Ministros o acuerda con uno o varios Ministros una resolución gubernativa, no ejercita la competencia del órgano Presidencia de la República, del mismo modo que tampoco los Ministros ejercitan, en tales casos, la competencia de los órganos unipersonales de que son también titulares.

A partir de tal constatación, puede afirmarse que el órgano jerarca Poder Ejecutivo es un órgano simple, pluripersonal y potenciado (en el sentido de que sus titulares los son en virtud de su carácter de soportes de otros órganos: Presidencia de la República y Ministerios), sin perjuicio de reconocer que, excepcionalmente, puede asumir la forma de un órgano simple y unipersonal: la Presidencia de la República.

En cuanto a los *Ministerios*, constituyen verdaderos complejos orgánicos formados por un órgano jerarca –también llamado Ministerio– y los órganos subordinados a éste, los cuales se

[12] Ver: Aníbal Luis BARBAGELATA. "El Consejo de Ministros en la Constitución Nacional" (Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1950).

[13] Horacio CASSINELLI MUÑOZ. "La delegación de atribuciones en la Constitución uruguaya", en Cuaderno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales N° 19 (Montevideo, 1967), pág. 149 y sigtes.

caracterizan por su centralización derivada en lo organizativo y por su desconcentración en lo funcional.

Quiere decir que, al igual que acontece con el Poder Ejecutivo, la expresión Ministerio tiene en nuestra Constitución una doble significación orgánica[14] ya que designa al subsistema y a su jerarca:

a) como subsistema orgánico, refiere a la repartición administrativa del Poder Ejecutivo (como Poder de Gobierno) que comprende un conjunto de servicios que se concentran por razón de materia; y

b) como jerarca, alude al órgano simple y unipersonal, de previsión constitucional, que encarna una forma de centralización dentro de la centralización.

En tanto que sistema orgánico, cada Ministerio está compuesto por el aludido órgano jerarca, que recibe el mismo nombre, y por un conjunto de dependencias, llamadas presupuestalmente Unidades Ejecutoras, que no siempre son órganos y que, en su organización interna, se subdividen en múltiples reparticiones, dependiendo de su complejidad, que ordinariamente se denominan Divisiones, Departamentos y Secciones (yendo del mayor nivel al menor nivel dentro de la jerarquía).

En todos los Ministerios, por disposición constitucional, existe un Subsecretario, que ingresa con el Ministro, a su propuesta, y cesa con él, pudiendo sustituirlo interinamente (arts. 183 y 184). A su vez, por mandato legal, en cada Ministerio existe un Director General de Secretaría de Estado. Las atribuciones de uno y otro fueron deslindadas por Decreto de 7 de mayo de 1934, complementado por Decreto de 28 de abril de 1944.

Por lo que refiere al Ministerio como órgano, el mismo tiene una posición constitucional doble ya que, por un lado, está subordinado al órgano Poder Ejecutivo mientras que, por otro lado, tiene la calidad de jerarca de los servicios integrantes del subsistema respectivo. Este fenómeno, denominado de centralización derivada o de centralización en la centralización, no se da respecto de la masa funcional del sistema sino de aquellas funciones propias del jerarca como tal. En virtud de esta figura, un órgano –en el caso, el Ministerio– sin ver alterada su posición o grado en la línea funcional, recibe potestades jerárquicas propias, adquiriendo la calidad de jerarca derivado.

Al cargo de Ministro se accede por designación del Presidente de la República, que lo hará atendiendo a las perspectivas de apoyo parlamentario que, a su criterio, reúna el candidato, sin perjuicio de la facultad de requerir de la Asamblea General un voto de confianza (art. 174 de la Constitución).

Por lo que refiere a la *Presidencia de la República*, también constituye un verdadero complejo orgánico compuesto por el órgano Presidencia de la República y múltiples dependencias, entre las que se destacan la Secretaría de la Presidencia de la República, la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, la Oficina Nacional del Servicio Civil y la Casa Militar. A su vez, de cada una de ellas dependen otras reparticiones, tal como acontece, en el caso de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, con el Instituto Nacional de Estadística y las Unidades Reguladoras de Servicios de Comunicaciones (URSEC) y de los Servicios de Energía y Agua (URSEA).

Si bien se ha discutido si el órgano Presidencia de la República integra el Poder Ejecutivo o, por el contrario, encarna exclusivamente la Jefatura de Estado fuera del ámbito del Poder

[14] Carlos E. DELPIAZZO. "Bases conceptuales de la organización administrativa uruguaya" cit., pág. 66.

Ejecutivo, varias consideraciones de texto y de contexto parecen avalar la primera posición[15].

Desde el punto de vista textual de la Constitución, fácil resulta constatar que no existe ninguna Sección ni Capítulo de la Carta destinado exclusivamente a la Presidencia de la República, sino que las menciones a la Presidencia de la República o a las potestades del Presidente de la República actuando sin los Ministros aparecen básicamente en la Sección IX, que refiere al Poder Ejecutivo (sin perjuicio de otras referencias en otras partes de la Constitución, como en la Sección X, relativa a los Ministros, que son designados y cesados por el Presidente de la República).

A su vez, contextualmente, la Presidencia de la República goza de una posición de preeminencia ya que si el Presidente de la República tiene la potestad discrecional de cesar a los Ministros, es evidente que jamás perderá una votación en el Consejo de Ministros si realmente lo desea. Siendo así, aparece como el orientador de la política del Poder Ejecutivo y, por ende, inviste la Jefatura de Gobierno (además de la Jefatura de Estado), aún cuando las decisiones se adopten formalmente en Consejo de Ministro.

Pasando al ámbito de la Administración descentralizada, en el régimen constitucional uruguayo, la descentralización funcional o por servicios se expresa a través de los llamados **Entes Autónomos y Servicios Descentralizados** a que refiere la Sección XI de la Carta[16].

Tradicionalmente, se ha considerado a los Entes Autónomos y a los Servicios Descentralizados como personas jurídicas públicas (porque están reguladas primordialmente por el Derecho público), estatales (porque pertenecen a la organización jurídica de la colectividad que llamamos Estado en sentido amplio) y menores (por oposición al Estado entendido en sentido restringido como la persona pública mayor) dirigidas por órganos ordinariamente colegiados pero que pueden ser también unipersonales, que tienen a su cargo el desenvolvimiento de cometidos de carácter nacional. La diferencia entre unos y otros se ha radicado en que mientras los Entes Autónomos poseen la totalidad o generalidad de poderes de administración y actúan con autonomía bajo cierto control de la Administración central, los Servicios Descentralizados poseen amplios (aunque menores) poderes de administración y están sometidos a un control tutelar más intenso de la Administración central.

Según se ha destacado, en ambas denominaciones aparecen dos conceptos teóricos –el de autonomía (consistente en la potestad de dictar su propio ordenamiento jurídico) y el de descentralización (que implica la ruptura del vínculo jerárquico)– y dos conceptos de Derecho positivo –el de Ente Autónomo y el de Servicio Descentralizado– pero esos conceptos no se corresponden sino que se cruzan ya que tanto los Entes Autónomos como los Servicios Descentralizados son autónomos y son descentralizados, aunque los primeros poseen mayor grado de autonomía y de descentralización que los segundos[17].

Bajo el título "Del gobierno y de la administración de los Departamentos", la Constitución dedica la Sección XVI a los **Gobiernos Departamentales**, que son la expresión institucional y personificada de la descentralización de base geográfica o territorial[18].

[15] Augusto DURAN MARTINEZ. "La Presidencia de la República: naturaleza, posición institucional, situación de su personal y resolución de recursos administrativos", en Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político (Montevideo, 1985), tomo II, Nº 7, pág. 2 y sigtes.

[16] Ver: Jorge SILVA CENCIO. "La descentralización por servicios en la Constitución de 1967" (F.C.U., Montevideo, 1971); y Julio A. PRAT. "Los Entes Autónomos en la descentralización funcional uruguaya" (A.M.F., Montevideo, 1971).

[17] Horacio CASSINELLI MUÑOZ. "Derecho Público" (F.C.U., Montevideo, 1999), pág. 246.

[18] Carlos E. DELPIAZZO. "Nuevas perspectivas de la descentralización", en Reflexiones sobre la reforma constitucional de 1996 (F.C.U., Montevideo, 1997), pág. 107 y sigtes.

En tal sentido, el art. 262 –que encabeza dicha Sección– comienza diciendo que "El gobierno y la administración de los Departamentos, con excepción de los servicios de seguridad pública, serán ejercidos por una Junta Departamental y un Intendente" (inc. 1°), aludiendo a los dos órganos principales mediante los cuales manifiestan su voluntad las entidades descentralizadas de base territorial, que son los Gobiernos Departamentales.

Significa que la asignación de competencia se realiza no sólo en base a un criterio material sino también en consideración a un determinado territorio, que es el Departamento. Consecuentemente, el Departamento es el ámbito espacial sobre el que se ejercita la competencia de la persona jurídica Gobierno Departamental y de sus órganos.

En la medida que la Constitución diferencia lo departamental de lo local o municipal y manda a la ley establecer "la materia departamental y la municipal, de modo de delimitar los cometidos respectivos de las autoridades departamentales y locales" (art. 262, inc. 3°), la noción de Gobierno Departamental no puede identificarse actualmente con la de Municipio.

Al respecto, se ha entendido tradicionalmente que, desde el punto de vista sociológico, el Municipio es el resultado de la transfiguración del grupo local llamado vecindario (entendido como agregado de familias y personas que viven habitualmente en un mismo lugar) en institución, la cual ha sufrido los avatares del crecimiento de las concentraciones humanas, de las diferencias entre el vecindario urbano y el rural, y de la puja entre las corrientes centralizadoras y descentralizadoras.

Jurídicamente, cabe definir al Municipio como la "institución político administrativa territorial, basada en la vecindad, organizada jurídicamente dentro del Estado, para satisfacer las necesidades de vida de la comunidad local, en coordinación con otros entes territoriales y servicios estatales"[19]. De tal caracterización se desprende que la población es el elemento básico del Municipio ya que son las necesidades de la vecindad las que determinan su competencia y, precisamente, vecino es el que habita con otros en el mismo pueblo, barrio o lugar, es decir, con contigüidad. A su vez, la atención de tales necesidades son las que hacen municipal toda actividad pública de predominante interés vecinal, que tienda a satisfacer las necesidades de vida de la comunidad local y el bienestar integral de sus habitantes. Tal aserto, que ofrece un criterio claro para distinguir entre la competencia local y la nacional, no siempre resulta de fácil aplicación práctica como consecuencia de que la competencia municipal tiende a la universalidad en orden a abarcar todo lo relativo al bienestar material y espiritual de la comunidad vecinal.

Con relación a la organización de las personas jurídicas Gobiernos Departamentales, es posible tomar como punto de partida el citado art. 262 de la Constitución, a cuyo tenor el gobierno y la administración de los Departamentos "serán ejercidos por una Junta Departamental y un Intendente" (inc. 1°), sin perjuicio de que "podrá haber una autoridad local en toda población que tenga las condiciones mínimas que fijará la ley" (inc. 2°)[20].

De acuerdo a lo previsto en el art. 273, "La *Junta Departamental* ejercerá las funciones legislativas y de contralor en el Gobierno Departamental. Su jurisdicción se extenderá a todo el territorio del Departamento".

En cuanto a su integración, dispone el art. 263 que "Las Juntas Departamentales se compondrán de treinta y un miembros", sin perjuicio de que, al tenor del art. 269, "La ley sancionada

[19] Daniel Hugo MARTINS. "El Municipio Contemporáneo" (F.C.U., Montevideo, 1978), pág. 56 y sigtes.

[20] Ver: Daniel Hugo MARTINS. "El Gobierno y la Administración de los Departamentos" (Ingranusi, Montevideo, 1999), tomo I, y "El Gobierno y la Administración de los Departamentos" (Montevideo, 2003), tomo II.

con el voto de dos tercios del total de los componentes de cada Cámara podrá modificar el número de miembros de las Juntas Departamentales". Serán elegidos directamente por el pueblo (art. 270) y quedarán sujetos a rigurosas prohibiciones e incompatibilidades (arts. 290 a 294).

Respecto a la *Intendencia*, la expresión tiene un doble significado orgánico ya que designa a un sistema orgánico de la persona jurídica Gobierno Departamental y al órgano máximo de dicho sistema, cuyo titular es el Intendente, al que corresponden "las funciones ejecutivas y administrativas" (art. 274).

Como sistema orgánico, la Intendencia se organiza internamente conforme a las reglas de la centralización y está compuesto básicamente por el órgano jerarca del mismo nombre, que lo encabeza, y por las dependencias que la Constitución prevé (arts. 277 a 280), además de las autoridades locales subordinadas.

Comenzando por el órgano jerarca Intendencia, corresponde señalar que se trata de un órgano simple y unipersonal compuesto por un solo cargo, el de Intendente, al cual se accede por elección del cuerpo electoral departamental (art. 270), quedando su titular sometido a un estatuto jurídico previsto en la propia Constitución y en la ley orgánica departamental.

Por debajo del Intendente, el art. 277 de la Constitución prevé la figura del Secretario, el cual "será nombrado por cada Intendente y cesará con él, salvo nueva designación, pudiendo ser removido o reemplazado transitoriamente en cualquier momento" (inc. 2°). Se trata de un funcionario de particular confianza del Intendente, el cual "firmará los decretos, las resoluciones y las comunicaciones con el Secretario o el funcionario que designe, requisito sin el cual nadie estará obligado a obedecerlos" (inc. 1°). Significa que la firma del Secretario constituye un requisito de autenticación sin que se requiera la voluntad del Secretario para el perfeccionamiento del acto de que se trate.

Seguidamente, el art. 278 establece que "El Intendente podrá atribuir a comisiones especiales la realización de cometidos específicos, delegando las facultades necesarias para su cumplimiento". Dichas comisiones especiales constituyen grupos de individuos comisionados por el Intendente para actuar en conjunto, misionalmente, al fin especial resultante del encargo atribuído específicamente. Para el desempeño del mismo, la Constitución prevé expresamente que el Intendente les proveerá de "las facultades necesarias" mediante una de las modalidades de la centralización, cual es la delegación de atribuciones.

También dependen del Intendente los Directores Generales de Departamento, que son algo así como los Ministros del Intendente. Respecto a los mismos, dispone el art. 279 que "El Intendente determinará la competencia de las direcciones generales de departamento y podrá modificar su denominación". Añade el art. 280 que "Los directores generales de departamento ejercerán los cometidos que el Intendente expresamente delegue en ellos". Quiere decir que las Direcciones Generales de Departamento son órganos dependientes del Intendente, que actúan mediante desconcentración, o sea, en ejercicio de atribuciones propias (las que se hayan determinado por acto legislativo departamental o mediante reglamento conforme al art. 279) o a través de la delegación de las atribuciones que le haga el Intendente (según la previsión del art. 280).

Finalmente, corresponde referirse a las *Autoridades locales* ya que, al tenor del art. 262, inc. 2° de la Constitución, "podrá haber una autoridad local en toda población que tenga las condiciones mínimas que fijará la ley. También podrá haberla, una o más, en la planta urbana de las capitales departamentales, si así lo dispone la Junta Departamental a iniciativa del Intendente" (art. 262, inc. 2°). Complementando dicho precepto, el art. 287 prevé que "el número de miembros de las autoridades locales, que podrán ser unipersonales o pluripersonales, su forma de integración en este

último caso, así como las calidades exigidas para ser titular de las mismas, serán establecidos por la ley". A su vez, el art. 288 faculta a la ley a ampliar las facultades de gestión de las autoridades locales en las poblaciones que, sin ser capital del departamento, cuenten con más de diez mil habitantes u ofrezcan interés nacional para el desarrollo del turismo, pudiendo declararlas electivas.

Tal regulación permite clasificar a las autoridades locales en atención a su composición, a su competencia y a la forma de nombramiento de sus integrantes:

a) en atención a su composición, se distinguen las autoridades locales unipersonales (a las cuales la Constitución no asigna una denominación) y las autoridades locales pluripersonales (las cuales se llamarán Juntas Locales y tendrán cinco miembros según lo previsto en la Disposición Transitoria y Especial letra Y);

b) conforme al criterio de la competencia, se distinguen las Juntas Locales comunes o simples y aquéllas de competencia ampliada; y

c) según el criterio que atiende a su forma de integración, se distinguen las Juntas Locales designadas y las electivas.

Respecto a las Juntas Locales simples, es valor unánimemente aceptado que se trata de órganos integrantes del sistema orgánico Intendencia y, por ende, subordinados jerárquicamente al Intendente, dotados de cierta desconcentración, la cual surge claramente de las previsiones contenidas en la ley orgánica departamental N° 9.515.

En cambio, no existe acuerdo doctrinario acerca de la posición institucional de las restantes Juntas Locales, encontrándose divididas las opiniones entre quienes sostienen que se está ante un caso de desconcentración y quienes postulan la admisión de descentralización dentro de la descentralización.

III. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En la medida que el Derecho le fija a la Administración tareas a cumplir y fines a perseguir, sus órganos deben seguir un determinado cauce o camino para hacerlo. En el Derecho uruguayo, desde la década de los sesenta, las normas de procedimiento administrativo se han codificado por vía de reglamento de directa aplicación en el ámbito de la Administración central –actualmente rige el Reglamento de Procedimiento Administrativo (RPA) aprobado por el Decreto N° 500/991 de 27 de setiembre de 1991– y de indirecta aplicación (a través de su adopción por cada una) en el ámbito de las Administraciones descentralizadas[21].

En orden a su **caracterización**, puede decirse que el procedimiento administrativo es la serie, secuencia o sucesión de actos jurídicos y operaciones materiales que constituye el elemento ordenador y sistematizador del desenvolvimiento de la función administrativa.

En palabras del art. 168 de nuestro RPA, se trata del "conjunto de trámites y formalidades que debe observar la Administración en el ejercicio de sus poderes", lo que evidencia su unidad formal, su unidad de fin y su carácter instrumental ya que:

[21] Carlos E. DELPIAZZO. "El procedimiento administrativo y las nuevas tecnologías de la información", en Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político (Montevideo, 1992), tomo VIII, N° 48, pág. 420 y sigtes.

a) implica un conjunto de actos y operaciones materiales coordinados entre sí, coligados los unos con los otros, según un orden secuencial de trámites y formalidades;

b) persigue un fin, que ordinariamente es el dictado de un acto administrativo, encauzando la actividad administrativa en orden a la eficacia de su gestión y, al mismo tiempo, garantizando el respeto de los derechos e intereses particulares involucrados; y

c) tiene una naturaleza instrumental no sólo respecto al dictado o ejecución de un acto (inmediatamente) sino al logro del interés público o bien común (mediatamente) que debe presidir todo el obrar de la Administración.

Aún cuando no corresponde atribuir a la cuestión más importancia que la terminológica, es conveniente hablar de procedimiento y no de proceso, para reservar esta última expresión para la secuencia de actos jurídicos y operaciones materiales que se cumple ante los órganos jurisdiccionales cuando actúan en el ejercicio de la función jurisdiccional.

En rigor, más que de procedimiento administrativo (en singular), procede hablar de procedimientos administrativos (en plural) ya que existen distintos tipos que pueden clasificarse en atención a diversos criterios:

a) tomando en cuenta su regulación, se distingue entre el procedimiento administrativo común o general y los especiales o técnicos (como son el procedimiento expropiatorio, los procedimientos de selección en la contratación administrativa, los procedimientos disciplinarios del sumario y la investigación administrativa, etc.);

b) atendiendo a su alcance, cabe diferenciar entre procedimientos internos y externos según afecten real o potencialmente sólo a agentes de la Administración o a terceros ajenos a ella;

c) en función de quien lo inicia, el procedimiento administrativo puede ser de oficio o a instancia de uno o más interesados; y

d) teniendo en consideración su objeto, es posible distinguir entre el procedimiento preparatorio de un acto a recaer sobre un determinado tema planteado y el procedimiento recursivo o de impugnación, que apunta a la revisión de un acto ya dictado (originario) mediante la emisión de otro a recaer frente a los recursos (derivado).

De acuerdo al art. 2° del RPA, se explicita un conjunto de **principios generales**[22], enumerándolos de la siguiente forma: "La Administración pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho y debe actuar de acuerdo con los siguientes principios generales:

a) imparcialidad;

b) legalidad objetiva;

c) impulsión de oficio;

d) verdad material;

e) economía, celeridad y eficacia;

f) informalismo en favor del administrado;

g) flexibilidad, materialidad y ausencia de ritualismos;

h) delegación material;

[22] Carlos E. DELPIAZZO. "El principio de contradicción en el procedimiento administrativo de impugnación", en Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos (Montevideo, 1980), Año IV, N° 2, pág. 99 y sigtes.; y "De la publicidad a la transparencia en la gestión administrativa", en Rev. de Derecho (Montevideo, 2003), Año II, N° 3, pág. 113 y sigtes.

i) debido procedimiento;
j) contradicción;
k) buena fe, lealtad y presunción de verdad salvo prueba en contrario;
l) motivación de la decisión; y
m) gratuidad.

Los principios señalados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento".

La **regulación positiva** del desenvolvimiento del procedimiento administrativo común (aunque también, con variantes, de los procedimientos especiales) permite su disección en etapas o momentos.

En cuanto a su *inicio*, según el art. 15 del RPA, el procedimiento administrativo puede comenzarse de oficio por la Administración o ser promovido por un interesado.

En el primer caso, "la autoridad competente puede actuar por disposición de su superior, por propia iniciativa, a instancia fundada de los correspondientes funcionarios o por denuncia" (art. 15 y sigtes.).

En cambio, cuando el procedimiento comienza a instancia de uno o más interesados, la "petición o exposición que se formule ante cualquier órgano administrativo se efectuará en papel simple (florete, fanfold o de similares características)", pudiendo utilizarse también "formularios proporcionados por la Administración", sin perjuicio de la comparecencia "por fax u otros medios similares de transmisión a distancia" (art. 19).

Las presentaciones deberán ser suscritas por los gestionantes "con su firma usual" (art. 21) y "acompañarse de copia o fotocopia firmada, la que será devuelta al interesado con la constancia de la fecha y hora de la presentación, de los documentos que se acompañan y de la oficina receptora" (art. 22).

En cuanto al contenido de las peticiones, el art. 119 impone la identificación del peticionario, la exposición clara de los hechos y fundamentos de Derecho en que se apoya, y la solicitud concreta que se efectúa.

Ordinariamente, el inicio de un procedimiento administrativo da lugar a la *formación de un expediente*. No obstante, de acuerdo al art. 30 del RPA, "los procedimientos administrativos que se sustancien por escrito, se harán a través de expedientes o formularios".

Mientras que el expediente administrativo es la acumulación en legajo de todos los documentos relativos a un asunto, los formularios son impresos que contienen los espacios necesarios para registrar la información propia de los procedimientos administrativos repetitivos, en forma ordenada y secuencial, constituyéndose en una guía para usuarios y funcionarios en cuanto a los pasos a seguir para resolver un asunto.

Respecto a los expedientes, dice el art. 34 del RPA que sólo se formarán con "aquellos asuntos que se documentan por escrito siempre que sea necesario mantener reunidas todas las actuaciones para resolver". Por el contrario, "no se formará expediente con aquellos documentos que por su naturaleza no tengan relación directa con un acto administrativo ni lo hagan necesario, ni sea de ellos menester para la sustanciación de un trámite" (art. 36).

"Los expedientes se formarán siguiendo el ordenamiento regular de los documentos que lo integran, en forma sucesiva y por orden de fechas" (art. 35) y "se identificarán por su número correlativo anual único para todo el organismo" (art. 37). A continuación de la carátula y antes de toda actuación, será puesta la hoja de tramitación (art. 38).

Según el art. 48 del RPA, "toda actuación deberá realizarse a continuación de la inmediata anterior" y "en caso de quedar entre actuaciones espacios en blanco, se anularán mediante línea cruzada". Añade el art. 49 que "toda pieza documental de más de una hoja deberá ser foliada con guarismos en forma manuscrita o mecánica". Cuando "haya que realizar algún desglose se dejará constancia en el expediente, colocándose una hoja en el lugar ocupado por el documento o la actuación desglosada, poniéndole la misma foliatura de las actuaciones que se separan y sin alterar la del expediente" (art. 54), en tanto que "cada vez que se agregue un expediente se hará por cordón" (art. 55).

Con relación a los formularios, su uso está impuesto en los procedimientos administrativos reiterativos (art. 39 y sigtes.), debiendo tramitarse sin formar expediente (art. 42).

El impulso a la *sustanciación* del trámite administrativo corresponde a la Administración, "a cuyos efectos la autoridad correspondiente practicará las diligencias y requerirá los informes y asesoramientos que correspondan, sin perjuicio de la impulsión que puedan darle los interesados" (art. 56).

Durante dicha sustanciación, se procurará el menor desplazamiento material del expediente, el que "sólo podrá remitirse a otros órganos o entes administrativos siempre que les corresponda dictaminar o lo requiera el correspondiente procedimiento especial" (art. 63).

Un aspecto relevante en la sustanciación del trámite lo constituye la interactuación entre la Administración y los demás sujetos actuantes, las *comunicaciones* entre los cuales se realizan a través de notificaciones tendientes a llevar a conocimiento del destinatario un acto o un hecho jurídicamente relevante.

En cuanto a las formas de notificación, como solución de principio las resoluciones administrativas se notifican personalmente en la oficina (arts. 91, inc. 1° y 93): "La notificación personal en la oficina se practicará mediante la comparecencia del interesado, su apoderado, o persona debidamente autorizada para estos efectos" (art. 91, inc. 2°).

Si se tratara de las resoluciones a que refiere el art. 91, inc. 1° y practicada la intimación a concurrir el interesado no hubiera comparecido dentro del plazo de tres días hábiles siguientes, se practicará la notificación personal en el domicilio (art. 91, inc. 4°). La misma puede realizarse mediante funcionario comisionado, por cedulón, o por otros medios idóneos tales como telegrama colacionado certificado con aviso de entrega, carta certificada con aviso de retorno, télex, fax o cualquier otro medio idóneo que proporcione certeza en cuanto a la persona a la que se ha practicado (art. 91, inc. 5°).

"Cuando corresponda notificar un acto administrativo y se desconozca el domicilio de quien deba tener conocimiento de él, se le tendrá por notificado del mismo mediante su publicación en el Diario Oficial durante tres días seguidos" (art. 94). Del mismo modo debe procederse con los Decretos que dicte el Poder Ejecutivo (art. 104).

El *diligenciamiento de pruebas* en el procedimiento administrativo común puede disponerse de oficio o a pedido de un interesado (art. 71 del RPA).

El objeto de la prueba serán "los hechos relevantes para la decisión", los que "podrán acreditarse por cualquier medio de prueba no prohibido por la ley" (art. 70, inc. 1°), a saber: documentos, declaraciones de testigos, careos, peritajes o informes.

"La valoración de la prueba se efectuará de conformidad con las reglas contenidas en el Código General del Proceso" (art. 70, inc. 2°). Conforme a dichas reglas, las pruebas se apreciarán tomando en cuenta cada una de las producidas y en su conjunto, racionalmente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de

apreciación diversa (art. 140 del CGP), y para inferir del hecho conocido el hecho a probar se aplicarán las reglas de la experiencia común extraídas de la observación de lo que normalmente acaece (art. 141 del CGP).

Una de las manifestaciones del goce, en el procedimiento administrativo, de los derechos y garantías inherentes al debido proceso, la constituye la *vista de las actuaciones*.

En los procedimientos iniciados a petición de un interesado, "terminada la instrucción o vencido el término de la misma, cuando de los antecedentes resulte que pueda recaer una decisión contraria a la petición formulada, o se hubiere deducido oposición, antes de dictarse resolución, deberá darse vista por el término de diez días a la persona o personas a quienes el procedimiento refiera. Al evacuar la vista, el interesado podrá pedir el diligenciamiento de pruebas complementarias" (art. 75).

Asimismo, "en los procedimientos administrativos seguidos de oficio, con motivo de la aplicación de sanciones o de la imposición de un determinado perjuicio a determinado administrado, no se dictará resolución sin previa vista al interesado por el término de diez días para que pueda presentar sus descargos y las correspondientes probanzas y articular su defensa" (art. 76).

En todos los casos, el derecho a tomar vista de las actuaciones "comprende no sólo la facultad de revisar y leer las actuaciones, sino también la de copiar o reproducir por cualquier medio, todo o parte de ellas" (art.78). "También podrá el interesado retirar el expediente de la oficina para su estudio, siempre que tal retiro no represente un obstáculo para el trámite normal que se esté cumpliendo o un perjuicio cierto para los derechos de otros interesados. En tal caso, se deberá dar fotocopia del expediente a costa del peticionante" (art. 79).

En cuanto a la *finalización* del procedimiento administrativo, de acuerdo al mandato del art. 85 del RPA, "una vez concluida la sustanciación del expediente, la autoridad competente deberá dictar resolución", sin perjuicio de que el trámite pueda terminar también por desistimiento de lo peticionado o renuncia del interesado a su derecho (art. 86) o por paralización por causas imputables al promotor (art. 89).

Evidentemente, el acto jurídico decisorio es la modalidad más importante de terminación del procedimiento administrativo.

Al respecto, cuando dicho acto es escrito, debe revestir la forma que regulan los arts. 123 y 124 del RPA. Según el primero, "todo acto administrativo deberá ser motivado, explicándose las razones de hecho y de Derecho que lo fundamentan". Conforme al segundo, "debe constar de una parte expositiva y una dispositiva" en la forma que detalla la disposición.

Finalizado el procedimiento administrativo, procede el *archivo* del expediente (art. 90).

Sin perjuicio de su amplia recepción por el RPA, la **incidencia de las nuevas tecnologías de la información** en el procedimiento administrativo fue desarrollada, con posterioridad a su vigencia, por la ley N° 16.736 de 5 de enero de 1996, de cuyos arts. 694 a 697 resulta que[23]:

a) se promueve la aplicación de medios informáticos y telemáticos por las Administraciones públicas, garantizando a los administrados el pleno acceso a las informaciones que les conciernan o sean de su interés;

[23] Carlos E. DELPIAZZO. "Informatización de la actividad administrativa. Hacia el expediente electrónico en Uruguay", en Rev. Actualidad en el Derecho Público (Buenos Aires, 1997), N° 6, pág. 3 y sigtes.; y "Regulación del procedimiento administrativo electrónico", en A.A.V.V. "Procedimiento Administrativo Electrónico" (O.N.S.C., Montevideo, 1998), pág. 151 y sigtes.

b) se reconoce a las actuaciones que se realicen por medios informáticos validez y valor probatorio "idénticos" a los que se tramiten por medios convencionales;

c) se asigna plena validez a las notificaciones personales realizadas por correo electrónico u otros medios informáticos o telemáticos; y

d) se regulan aspectos de la documentación electrónica.

Reglamentando dichas disposiciones legales, el Decreto N° 65/998 de 10 de marzo de 1998 reguló el procedimiento administrativo electrónico a través de cuatro capítulos, a saber[24]:

a) el primero contiene un conjunto de disposiciones generales referidas a la sustanciación de las actuaciones administrativas por vía informática y al expediente electrónico;

b) el segundo refiere a las normas de procedimiento aplicables a los expedientes tramitados electrónicamente;

c) el tercero regula la firma electrónica y digital; y

d) el último repite las normas legales que penalizan las falsificaciones de documentos informáticos.

Al tenor de su art. 2°, "se entiende por expediente electrónico, la serie ordenada de documentos públicos registrados por vía informática, tendientes a la formación de la voluntad administrativa en un asunto determinado". A continuación, en línea con la ley que reglamenta, el art. 3° reconoce que "el expediente electrónico tendrá la misma validez jurídica y probatoria que el expediente tradicional".

Más recientemente, la ley N° 17.243 de 29 de junio de 2000 estableció en su art. 24, inc. 2° que "El expediente electrónico es la serie ordenada de documentos registrados por vía informática, provenientes de la Administración o de terceros, tendientes a la formación de la voluntad administrativa en un asunto determinado, teniendo la misma validez jurídica y probatoria que el expediente tradicional". De este modo, se amplía la caracterización contenida antes en el Decreto N° 65/998.

IV. ACTO ADMINISTRATIVO Y RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Para la **caracterización del acto administrativo** como manifestación fundamental de la actividad administrativa, debe tenerse en cuenta, *en primer término*, que se trata de un acto jurídico, a diferencia de un mero hecho (acontecimiento de la naturaleza o comportamiento material) ya que el acto administrativo implica una exteriorización intelectiva proveniente de su autor, realizada mediante la palabra escrita, oral, u otro signo convencional o ideográfico dirigido a la mente del o de los destinatarios del acto[25].

[24] Carlos E. DELPIAZZO. "Nuevo horizonte para la automatización administrativa en Uruguay. A propósito de la aprobación del Decreto N° 65/998 sobre procedimiento administrativo electrónico", en Rev. Derecho de la Alta Tecnología (Buenos Aires, 1998), Año X, N° 116, pág. 24 y sigtes.; e "Informatización del procedimiento administrativo común", en VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (Montevideo, 1998), pág. 776 y sigtes.

[25] Carlos E. DELPIAZZO. "Notas para una caracterización actual del acto administrativo", en Anuario de Derecho Administrativo (Montevideo, 2002), tomo IX, pág. 25 y sigtes.

Dando un *segundo paso*, dentro del universo de los actos jurídicos, el acto administrativo (en sentido amplio) ha sido definido por la doctrina uruguaya como una declaración de voluntad de la Administración destinada a producir efectos jurídicos[26].

Con más rigor técnico, se ha dicho que "acto administrativo es todo acto jurídico dictado por un órgano estatal en ejercicio de función administrativa; y puesto que en el Derecho positivo uruguayo la función administrativa sólo puede definirse residualmente, también la definición de acto administrativo resulta residual: son administrativos todos los actos jurídicos emanados de un órgano estatal que no puedan definirse, ni con el criterio orgánico formal de principio en nuestro Derecho positivo, ni en virtud de una norma especial, como Constitución, ley, decreto departamental con fuerza de ley en su jurisdicción o sentencia, ni integren el procedimiento que conduce al dictado de cualesquiera de estos actos, ni el cumplido por los órganos jurisdiccionales o sus dependencias para hacer ejecutar lo juzgado"[27].

En sentido coincidente, el RPA establece en su art. 120 que "Acto administrativo es toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos" (inc. 1°).

Por su amplitud, la precedente caracterización del acto administrativo abarca todas las manifestaciones de voluntad administrativa, cualesquiera sean sus efectos (generales o individuales) o la forma como surgen (actos unilaterales o plurilaterales), excluyendo las manifestaciones de voluntad provenientes de los órganos de las personas públicas no estatales en el entendido de que éstas no son Administraciones públicas en el sentido de órganos estatales actuando en función administrativa.

Por lo tanto, *en tercer lugar*, en la medida que en el Derecho positivo uruguayo la noción amplia de acto administrativo abarca al reglamento, es necesario avanzar hacia su definición en sentido estricto a través de la precisa determinación de la diferencia específica entre el acto administrativo y el reglamento.

Al respecto, tal diferencia específica resulta de la **regulación positiva** contenida en el ya citado art. 120 del RPA en base a la caracterización de las normas creadas por el acto administrativo en sentido amplio mediante la combinación de dos criterios clasificatorios, a saber:

a) el que distingue entre general y particular, atendiendo a los sujetos a los que la norma se aplica; y

b) el que diferencia entre abstracto y concreto, en función de la hipótesis de hecho sobre que la norma dispone.

Teniendo en cuenta dichos dos pares de características, el art. 120 identifica las cuatro categorías resultantes, de la siguiente forma:

a) "Llámase Reglamento a las normas generales y abstractas creadas por acto administrativo" (inc. 2°).

b) "Llámase Resolución a las normas particulares y concretas creadas por acto administrativo" (inc. 3°).

c) "Llámase Disposición General a las normas generales y concretas creadas por acto administrativo" (inc. 4°).

d) "Llámase Reglamento Singular a las normas particulares y abstractas creadas por acto administrativo" (inc. 5°).

[26] Enrique SAYAGUES LASO. "Tratado de Derecho Administrativo" (Montevideo, 1963), tomo I, pág. 389 y sigtes.

[27] Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO. "Dos Estudios de Derecho Administrativo" (Edit. Universidad, Montevideo, 1988), pág. 73.

Agrega el art. 121 que "Los actos referidos en los incs. 2, 4 y 5 del artículo anterior –o sea, el Reglamento, la Disposición General y el Reglamento Singular– cuando fueren dictados por el Poder Ejecutivo recibirán el nombre de Decretos y cuando fueren dictados por los Ministerios se denominarán Ordenanzas.

Por otra parte, para la **caracterización de los recursos administrativos**, antes de ahora he destacado que son medios que el Derecho objetivo establece, en virtud de los cuales los afectados en su derecho o interés por un acto administrativo, mediante la interposición de un acto o petición, ejercen el derecho de principio de obtener que la Administración lo revise en vía administrativa dictando un nuevo acto administrativo[28].

Desde el punto de vista de su **regulación positiva**, el régimen de los recursos administrativos se encuentra contenido en la Constitución y desarrollado por la vía de ley orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y sus modificativas, sin perjuicio de las disposiciones contenidas en el RPA[29].

De acuerdo al art. 317 de la Constitución, "Los actos administrativos pueden ser impugnados con el recurso de revocación, ante la misma autoridad que los haya cumplido, dentro del término de diez días, a contar del día siguiente de su notificación personal, si correspondiere, o de su publicación en el Diario Oficial".

"Cuando el acto administrativo haya sido cumplido por una autoridad sometida a jerarquías, podrá ser impugnado, además, con el recurso jerárquico, el que deberá interponerse conjuntamente y en forma subsidiaria, al recurso de revocación".

"Cuando el acto administrativo provenga de una autoridad que según su estatuto jurídico esté sometida a tutela administrativa, podrá ser impugnado por las mismas causas de nulidad previstas en el artículo 309, mediante recurso de anulación para ante el Poder Ejecutivo, el que deberá interponerse conjuntamente y en forma subsidiaria al recurso de revocación".

"Cuando el acto emane de un órgano de los Gobiernos Departamentales, se podrá impugnar con los recursos de reposición y apelación en la forma que determine la ley".

Agrega el art. 318 de la Carta que "Toda autoridad administrativa está obligada... a resolver los recursos administrativos que se interpongan contra sus decisiones, previos los trámites que correspondan para la debida instrucción del asunto, dentro del término de ciento veinte días, a contar de la fecha de cumplimiento de del último acto que ordene la ley o el reglamento aplicable".

"Se entenderá desechada la petición o rechazado el recurso administrativo, si la autoridad no resolviera dentro del término indicado".

La transcripta normativa constitucional ha sido desarrollada y complementada por actos jurídicos subordinados. Prescindiendo de otros antecedentes, el régimen vigente está configurado básicamente por la ley modificativa de la ley orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 15.869 de 22 de junio de 1987, con los ajustes realizados por los arts. 40 y 41 de la ley N° 17.292 de 25 de enero de 2001.

De acuerdo al art. 4° de dicha ley N° 15.869, "La acción de nulidad no podrá ejercerse si previamente no ha sido agotada la vía administrativa. A este efecto los actos administrativos,

[28] Carlos E. DELPIAZZO y Carlos GUARIGLIA. "Los recursos administrativos y el Acto Institucional N° 8" (F.C.U., Montevideo, 1979), pág. 11.

[29] Carlos E. DELPIAZZO. "Los recursos administrativos. Enfoque comparado regional", en Rev. de Administración Pública Uruguaya (Montevideo, 1999), N° 27, pág. 99 y sigtes.; y "Recursos administrativos nos Directos brasileiro, uruguayo e argentino", en A.A.V.V. "As leis de processo administrativo" (Malheiros, Sao Paulo, 2000), pág. 242 y sigtes.

expresos o tácitos, deberán ser impugnados con el recurso de revocación ante el mismo órgano que los haya dictado, dentro de los diez días corridos y siguientes al de su notificación personal o publicación en el Diario Oficial. Si el acto administrativo no ha sido notificado personalmente ni publicado en el Diario Oficial, el interesado podrá recurrir en cualquier momento".

"Cuando el acto administrativo haya sido dictado por un órgano sometido a jerarquía deberá interponerse además, en forma conjunta y subsidiaria, el recurso jerárquico para ante el jerarca máximo de dicho órgano".

"Cuando el acto administrativo haya sido dictado por el Directorio o Director General de un Servicio Descentralizado, deberá interponerse además, en forma conjunta y subsidiaria, el recurso de anulación para ante el Poder Ejecutivo".

"Cuando el acto administrativo haya sido dictado por un órgano sometido a jerarquía en un Servicio Descentralizado, deberán interponerse además, en forma conjunta y sucesivamente subsidiaria, el recurso jerárquico para ante el Directorio o Director General, y el recurso de anulación para ante el Poder Ejecutivo".

"Cuando el acto administrativo haya sido dictado por un órgano de un Gobierno Departamental, deberá ser impugnado mediante el recurso de reposición ante ese órgano (artículo 317 de la Constitución), dentro de los diez días corridos y siguientes al de su notificación personal o su publicación en el Diario Oficial. Si el acto administrativo no ha sido notificado personalmente ni publicado como se indica, el interesado podrá recurrirlo en cualquier momento".

"Cuando el acto administrativo haya sido dictado por un órgano de un Gobierno Departamental y si el mismo estuviere sometido a jerarquía, deberá interponerse además, en forma conjunta y subsidiaria, el recurso de apelación para ante el jerarca máximo de dicho órgano (artículo 317 de la Constitución)".

A continuación, agrega el art. 5° de la misma ley, con la redacción dada por el art. 41 de la ley N° 17.292, que "A los ciento cincuenta días siguientes al de la interposición de los recursos de revocación o de reposición, a los doscientos días siguientes a la interposición conjunta de los recursos de revocación y jerárquico, de revocación y anulación, o de reposición y apelación, y a los doscientos cincuenta días siguientes al de la interposición conjunta de los recursos de revocación, jerárquico y de anulación, si no se hubiere dictado resolución sobre el último recurso se tendrá por agotada la vía administrativa".

A su tiempo, establece el art. 6°, según el texto dado por el citado art. 41 de la ley N° 17.292, que, "Vencido el plazo de ciento cincuenta días o el de doscientos, en su caso, se deberán franquear, automáticamente, los recursos subsidiariamente interpuestos reputándose fictamente confirmado el acto impugnado".

"El vencimiento de los plazos a que se refiere el inciso anterior no exime al órgano competente para resolver el recurso de que se trate, de su obligación de dictar resolución sobre el mismo (artículo 318 de la Constitución). Si ésta no se produjera dentro de los treinta días siguientes al vencimiento de los plazos previstos en el inciso primero, la omisión se tendrá como presunción simple a favor de la pretensión del actor en el momento de dictarse sentencia por el Tribunal respecto de la acción de nulidad que aquel hubiere promovido".

En cuanto a las **clases de recursos administrativos**, según viene de decirse, el art. 317 de la Constitución regula los recursos administrativos de revocación, jerárquico y de anulación en el ámbito nacional, y se refiere a los de reposición y apelación en el ámbito departamental, cuya regulación confía a la ley (que identificó su régimen con el de los recursos de revocación y jerárquico respectivamente, con plausible propósito de uniformización).

En cuanto a la caracterización de cada uno de dichos recursos, es posible definirlos atendiendo a sus rasgos específicos[30].

En tal sentido, puede decirse que el *recurso de revocación* (y, por ende, el de reposición) es aquel que se plantea ante el mismo órgano que dictó el acto, con el objeto de obtener su revocación, reforma o sustitución, en mérito a razones de juridicidad o conveniencia.

A su vez, el *recurso jerárquico* (y, por lo tanto, también el de apelación) es aquel que se plantea para ante el jerarca máximo del órgano que dictó el acto, con el objeto de obtener su revocación, reforma o sustitución, en mérito a razones de juridicidad o conveniencia.

Finalmente, el *recurso de anulación* es aquel que se plantea para ante el Poder Ejecutivo como órgano de tutela administrativa respecto del Servicio Descentralizado del que emanó el acto, con el objeto de obtener su revocación, exclusivamente en mérito a razones de juridicidad.

La determinación de la **procedencia de cada recurso** supone realizar una investigación de menor a mayor, cuya importancia es fundamental en el Derecho uruguayo debido a que el agotamiento de la vía administrativa –que se alcanza a través de la interposición de los recursos correspondientes[31]– es un presupuesto de admisibilidad de la acción anulatoria ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Para determinar el o los recursos procedentes en cada caso, en primer término, debe precisarse qué órgano dictó el acto administrativo lesivo, ya que es precisamente ante él que debe interponerse el recurso de revocación.

En segundo lugar, corresponde determinar la posición jerárquica de dicho órgano dentro del sistema que integra, a fin de elucidar la pertinencia del recurso jerárquico en caso de que se encuentre subordinado a otro.

La tercera etapa apunta al esclarecimiento de la naturaleza jurídica del sistema orgánico al que pertenece la autoridad que dictó el acto administrativo, y tiene por finalidad determinar la procedencia del recurso de anulación que, según se dijo, sólo procede contra los actos de los Servicios Descentralizados por razones de legalidad y es resuelto por el Poder Ejecutivo.

V. CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION

Negada por unos y controvertida por otros, la contratación administrativa es actualmente una indiscutible realidad, que constituye uno de los medios a través de los cuales se manifiesta la actividad administrativa[32].

Para su **caracterización**, debe tenerse presente que el contrato como categoría jurídica, al igual que otras instituciones del Derecho, se ha desarrollado preferentemente en algunas ramas del mismo. Pero ese desarrollo preeminente en una determinada disciplina no es suficiente para concluir que esa institución –en el caso el contrato– pertenece de manera exclusiva a una disci-

[30] Carlos E. DELPIAZZO. "Régimen jurídico de los recursos administrativos" (F.C.U., Montevideo, 1984), pág. 33.

[31] Carlos E. DELPIAZZO. "Agotamiento de la vía administrativa", en Rev. de Administración Pública Uruguaya (Montevideo, 1987), Año II, N° 5, pág. 55 y sigtes.

[32] Carlos E. DELPIAZZO. "Estado actual de la contratación administrativa", en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2000), N° 17, pág. 111 y sigtes.; y "Caracteres e innovaciones en la contratación administrativa", en Rev. de Direito Administrativo & Constitucional (Curitiba, 2003), N° 13, pág. 97 y sigtes.

plina o rama del Derecho. En efecto, la mayoría de las figuras jurídicas trascendentes son comunes a los distintos sectores del orden jurídico. Nadie puede decir que la propiedad es un instituto exclusivo del Derecho civil, aunque aparezca definido el dominio en el Código Civil; de la misma manera nadie puede decir que el contrato es un instituto típico y propio de una determinada rama del Derecho. Se trata de instituciones del Derecho que trascienden las distintas parcelas científicas en que puede dividirse el análisis del Derecho y se convierten en verdaderos institutos propios de la teoría general, susceptibles por lo tanto de ser analizados desde distintos ángulos o perspectivas.

Por eso, he insistido reiteradamente antes de ahora que el contrato es una categoría abstracta, es un género que se adjetiva o califica en determinadas especies, cuando a sus caracteres básicos que son los definitorios del género se le agregan las notas que lo singularizan en sus diversas especies[33].

Los caracteres básicos del género contractual están dados por el acuerdo de voluntades generador de obligaciones, que existe en todo contrato, sea de la especie que sea. A su vez, la doctrina ha señalado una diversidad de criterios tendientes a contestar la pregunta de qué es lo propio y particular de la contratación administrativa que permite distinguirla de otras áreas de la contratación.

A nuestro criterio, las notas específicas singularizantes del contrato de la Administración son las que derivan básicamente de los siguientes dos aspectos:

a) la singularidad de la Administración como tal; y

b) la presencia del fin público que caracteriza toda la actuación de la Administración.

En base a ambos datos, es dable advertir cómo existen elementos que permiten diferenciar los contratos de la Administración de los que no lo son.

En primer lugar, habrá aspectos formales diferenciales ya que cuando interviene la Administración, ella actúa según reglas y principios que le son propios.

En segundo término, en cuanto al fin, se perseguirá un interés público o una utilidad pública. Debe descartarse en este sentido la expresión servicio público para no connotar aquella vieja doctrina que prácticamente identificaba al servicio público con el Derecho público.

En tercer lugar, en función de estos dos criterios de la singularidad de la Administración y del carácter teleológico o finalista de su actuación, se deriva la posibilidad de distinguir distintos tipos de contratos en orden al régimen jurídico a que estén sometidos. Así, la Administración podrá celebrar contratos regulados exclusivamente por el Derecho público, como ocurre por ejemplo con la concesión de servicio público o con el contrato de obra pública; contratos análogos con ciertas figuras contractuales de Derecho privado, como el contrato de suministro que guarda analogía con el contrato de compraventa de bienes muebles; o contratos celebrados por la Administración que son típicos del Derecho privado, como por ejemplo la hipoteca.

No obstante, aún en esta última hipótesis de celebración de contratos regidos por el Derecho privado, la singularidad que deriva de la participación de la Administración y el fin público perseguido determinan que haya igualmente regulación por el Derecho público, aún en este tercer tipo

[33] Carlos E. DELPIAZZO. "Manual de Contratación Administrativa" (Edit. Universidad, Montevideo, 1996), tomo 1, 3ª edición actualizada, pág. 18 y sigtes.; y Carlos E. DELPIAZZO – "Contratación Administrativa" (U.M., Montevideo, 2000), pág. 9 y sigtes.

de contratos y así, por ejemplo, las normas sobre competencia para contratar serán normas típicamente de Derecho público. Igualmente, las normas que refieren al procedimiento a seguir para seleccionar a la contraparte con la cual contratar también van a estar reguladas por el Derecho público. Asimismo, el modo como se forma la voluntad del órgano público estatal está regido por normas de Derecho público que hacen a su competencia, y la forma a través de la cual se manifiesta esa voluntad de la Administración también está regulada por el Derecho público.

Quiere decir que cuando se habla de que la Administración celebra contratos típicos de Derecho privado la alusión al Derecho privado prácticamente está referida exclusivamente al objeto contractual ya que en orden a la competencia, al procedimiento, a la voluntad y a la forma regirá siempre un conjunto de normas típicas de Derecho público.

La **regulación positiva** de la contratación administrativa en nuestro país no se encuentra codificada en disposiciones orgánicas sobre la materia sino dispersa en múltiples normas que regulan los procedimientos administrativos de selección de los cocontratantes –especialmente la licitación pública– y distintos aspectos de los diversos contratos posibles[34].

Dentro de ese cuadro normativo, reviste particular importancia el Texto Ordenado de la Ley de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF), el cual dedica su capítulo III a tratar "De la competencia para gastar y pagar y las formas de contratar"[35].

De acuerdo al mismo, la determinación del procedimiento de selección de cocontratante a seguir, dependerá que el contrato implique u origine una deuda, genere un crédito o no tenga por resultado, ni una deuda, ni un crédito.

En el primer caso, es decir, cuando del contrato se deriva una erogación para la Administración, el art. 33 del TOCAF dispone que el contrato se celebrará mediante el procedimiento de la licitación pública. Quiere decir que nuestro Derecho consagra un amplio sistema de restricción. No obstante esta regla admite excepciones, como ocurre con los procedimientos alternativos de la licitación abreviada, la contratación directa, y la adquisición de algunos bienes, especialmente inmuebles[36].

En el segundo caso, o sea, cuando del contrato se deriva una entrada o recurso, el mismo art. 33 establece que el mismo se realizará mediante los procedimientos de remate o licitación pública. Sin embargo, de modo semejante a lo que acontece en la situación anterior, la ley prevé procedimientos especiales para el arrendamiento de inmuebles, la aceptación de donaciones y la enajenación de bienes inmuebles.

En el tercer caso, o sea, cuando el contrato es económicamente neutro ya que no genera como resultado ni una deuda ni un crédito, nos encontramos frente a la hipótesis de la permuta, regulada por el art. 38 del TOCAF.

Especial referencia merece el art. 131 del TOCAF[37], a cuyo tenor "Los principios generales de actuación y contralor de los organismos estatales en materia de contrataciones serán:

a) flexibilidad;

b) delegación;

[34] Ver: Carlos E. DELPIAZZO. "Normas y principios de la contratación administrativa" (F.C.U., Montevideo, 2002).

[35] Ver: Carlos E. DELPIAZZO. "Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera" (F.C.U., Montevideo, 2004), 4ª edición actualizada.

[36] Carlos E. DELPIAZZO. "Procedimientos alternativos y contingentes a la licitación pública", en Recopilación de conferencias (UTE, Montevideo, 1999), pág. 55 y sigtes.

[37] Carlos E. DELPIAZZO. "Normas y principios de la contratación administrativa" cit., pág. 27 y sigtes.

c) ausencia de ritualismo;
d) principio de materialidad frente al formalismo;
e) principio de veracidad salvo prueba en contrario;
f) publicidad, igualdad de los oferentes y concurrencia en los procedimientos competitivos para el llamado y la selección de ofertas".

Los principios antes mencionados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las disposiciones pertinentes".

VI. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

El denominado Derecho administrativo sancionador se edifica sobre la base del tríptico compuesto por la infracción, el procedimiento y la sanción.

Respecto a la **infracción**, se trata del supuesto de hecho habilitante del ejercicio del poder jurídico de sancionar atribuido a un órgano de la Administración[38].

En cuanto al **procedimiento**, consiste en el conjunto de trámites y formalidades que debe seguir la Administración para el dictado del acto administrativo sancionatorio, de acuerdo con lo que disponga el ordenamiento jurídico.

Los procedimientos administrativos en materia represiva tienen distinto grado de regulación, destacándose por su mayor desenvolvimiento normativo el disciplinario. En su ámbito, especialmente en las áreas menos desarrolladas, adquieren especial importancia los principios generales de Derecho, pudiendo hacerse caudal en el caso de tres bloques de principios[39], a saber:

a) los principios generales de Derecho aplicables a todo procedimiento administrativo y, por ende, también al sancionatorio;
b) los principios propios del procedimiento administrativo, también aplicables al caso; y
c) los principios específicos de cada procedimiento destinado a la aplicación de sanciones.

En el *primer bloque de principios*, cabe destacar especialmente el principio del debido procedimiento reconocido en la Constitución, en las leyes y en normas de Derecho internacional aprobadas por la República, el cual está consustanciado con la esencia misma del Estado de Derecho[40].

Por eso, la garantía de defensa aparece en el art. 66 de la Constitución en favor de los funcionarios sobre los cuales recaiga una investigación administrativa sobre irregularidades, omisiones o delitos, y en virtud del art. 72 en favor de todos los demás sujetos y de los propios funcionarios públicos, siempre que se trate de dictar una resolución que los afecte en sus derechos o intereses, como derecho inherente tanto a la personalidad humana como a la forma republicana de gobierno.

[38] Susana LORENZO. "Sanciones administrativas" (Faira, Montevideo, 1996), pág. 68 y sigtes.

[39] Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO. "Procedimiento administrativo" (Idea, Montevideo, 1992), pág. 20 y sigtes.; y Augusto DURAN MARTINEZ. "Principios del procedimiento disciplinario", en A.A.V.V. "Procedimiento administrativo" (UCUDAL, Montevideo, 1991), pág. 82.

[40] Héctor FRUGONE SCHIAVONE. "Principios fundamentales del procedimiento administrativo", en A.A.V.V. "Procedimiento administrativo" (Acali, Montevideo, 1977), pág. 35 y sigtes.

Tal como se ha destacado a propósito del RPA, en el ámbito de la Administración el debido procedimiento implica los siguientes elementos básicos que dicho reglamento recoge[41]:

a) Derecho a ser oído, esto es, a exponer sus razones antes del dictado de la resolución, lo que presupone:

- la publicidad de las actuaciones respecto de las partes intervinientes, vale decir, el leal conocimiento de las actuaciones administrativas, lo que se concreta en el derecho a examinar el expediente todas las veces que se estime conveniente o necesario (arts. 77 y 78) y el de retirar el expediente de la oficina para su estudio (arts. 79 y 217). La calificación de secreto, confidencial o reservado de la documentación o piezas sólo se justifica en casos excepcionales y previa reglamentación (arts. 80 y 81).
- la oportunidad de alegar sus medios de defensa antes de emitirse el acto (arts. 75,76, y 216).
- que se tomen en cuenta y aprecien en su justo valor los argumentos aducidos y los hechos probados.
- derecho a hacerse patrocinar por abogado (arts. 77, 79, 82, 102 y 201), siendo obligatorio en materia de recursos administrativos (art. 156).

b) Derecho a ofrecer y producir pruebas y a controlar la producción de la prueba propia y la que sustancia la Administración de oficio (arts. 71 y 72).

c) Derecho a una decisión fundada (arts. 85, 106, 145 y 148).

En el *segundo bloque de principios*, es decir, los que son propios de toda la actividad administrativa, se incluyen los principios de legalidad objetiva, verdad material, impulsión de oficio, delegación material, informalismo en favor del administrado, economía, celeridad y eficacia, flexibilidad y ausencia de ritualismos, y gratuidad.

En cuanto al *tercer bloque de principios*, corresponde destacar al específico principio que podría denominarse de legalidad sancionatoria, el cual contiene dos elementos fundamentales: la tipicidad y la proporcionalidad. Mientras que la primera implica la delimitación del acto u omisión punibles, la proporcionalidad supone la razonable adecuación de la sanción a la falta.

Finalmente, con relación a la **sanción,** cabe decir que constituye un típico acto administrativo a través del cual se manifiesta el poder sancionatorio de los órganos de la Administración que han recibido de la ley tal potestad de castigar frente a un apartamiento del orden jurídico preestablecido[42].

VII. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Tradicionalmente, se enseñó entre nosotros que, en el desarrollo de su actividad, la Administración se encuentra sometida al marco normativo aplicable, a veces con precisión y otras veces en forma genérica, distinguiéndose a partir de tal constatación entre actos administrativos reglados y discrecionales respectivamente. Consecuentemente, se definió a la discrecionalidad como

[41] Héctor FRUGONE SCHIAVONE. "Principios del procedimiento administrativo", en A.A.V.V. "El nuevo procedimiento administrativo" (Pronade, Montevideo, 1991), págs. 35 y 36.

[42] Aparicio MENDEZ. "Las sanciones administrativas", en La Justicia Uruguaya (Montevideo, 1940), tomo I, sección Doctrina, pág. 7 y sigtes.

la posibilidad de apreciar la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa dentro de ciertos límites[43].

Sin embargo, más **recientemente**, se ha puesto el acento en que la discrecionalidad, más que una nota del acto, es un atributo de la situación previa a su dictado en que se encuentra el agente público competente para decidir, seleccionando la conducta que mejor concurra a la obtención del fin debido[44]. Así caracterizada, como la aptitud de apreciar el cuándo y el cómo del obrar administrativo, parece claro que ella cesa cuando la Administración elige entre los comportamientos legales posibles[45].

En efecto, dictado el acto –resultado de esa aptitud de opción– éste no se distingue sustancialmente del acto emitido en el marco de una situación reglada.

Nuestra jurisprudencia contencioso administrativa se ha ocupado de controlar el ejercicio de la discrecionalidad administrativa y sus límites, distinguiéndola especialmente de la arbitrariedad, entendida como la actuación realizada con contrariedad a la justicia, a la razón y al Derecho[46].

VIII. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACION

Cuando se habla del "control jurisdiccional de la Administración" se alude genéricamente a la comprobación de la regularidad de lo actuado o de lo proyectado u omitido (control) por los órganos públicos actuando en función administrativa (Administración), realizada por órganos jurisdiccionales y mediante procesos jurisdiccionales que culminan con una sentencia[47].

En sentido amplio, suele utilizarse la expresión "contencioso administrativo" para designar al universo de "contenciosos" (vale decir, contiendas o pleitos) "administrativos" (o sea, referidos a la materia regida por el Derecho Administrativo, o a la actividad administrativa, o en que es parte la Administración).

No obstante, nuestro constituyente utilizó la expresión "contencioso administrativo" con *un sentido restringido*, limitándolo básicamente al contencioso de anulación de los actos administrativos dictados por las entidades estatales, a cargo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sin perjuicio del contencioso interadministrativo compartido con la Suprema Corte de Justicia, quedando en manos de los tribunales del Poder Judicial la jurisdicción represiva y por lesión de derechos e intereses legítimos. Por lo tanto, nuestro "contencioso administrativo" refiere específicamente a la jurisdicción y competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo,

[43] Enrique SAYAGUES LASO. "Tratado de Derecho Administrativo" cit., tomo I, pág. 405 y sigtes.

[44] Mariano R. BRITO. "De la razonabilidad del acto administrativo: la cuestión de su contralor jurisdiccional anulatorio", en Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo, 1979), Año XXIII, N° 3-4, pág. 171 y sigtes.

[45] Mariano R. BRITO. "La aptitud del acto administrativo para el fin debido: supuesto de principio en que reposa la discrecionalidad", en Estudios de Derecho Administrativo en homenaje al centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo (Montevideo, 1979), tomo II, pág. 29 y sigtes.

[46] Héctor FRUGONE SCHIAVONE. "La discrecionalidad administrativa", en Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo, 1982), Año XXVI, N° 1, pág. 79 y sigtes.

[47] Carlos E. DELPIAZZO. "Desafíos actuales del control" (F.C.U., Montevideo, 2001), pág. 57 y sigtes.

siendo que nuestro régimen consagra un régimen de pluralidad de jurisdicciones y aún de pluralidad de competencia dentro del Poder Judicial[48].

En efecto, bajo el título de la Sección XVII, "De lo Contencioso Administrativo", nuestra Constitución organiza en cinco Capítulos la composición e integración del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (arts. 307 y 308), su competencia anulatoria de los actos administrativos "contrarios a una regla de Derecho o con desviación de poder" (art. 309 y sigtes.), la existencia y actuación del Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (art. 314 y sigtes.), el agotamiento de la vía administrativa mediante la interposición de los recursos administrativos correspondientes como requisito previo a la acción de nulidad (art. 317 y sigtes.), y la posibilidad de crear por ley "órganos inferiores dentro de la jurisdicción contencioso administrativa" (art. 320).

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo es un órgano jurisdiccional especializado independiente de los tres Poderes de gobierno, el cual fue instituído en la reforma constitucional de 1952, atribuyéndole, de modo exclusivo, el contencioso de anulación de los actos administrativos dictados por las entidades estatales y, de modo compartido con la Suprema Corte de Justicia, el contencioso interadministrativo; a su vez, se facultó a la ley para asignarle el conocimiento del contencioso de reparación, quedando en manos del Poder Judicial la jurisdicción represiva y por lesión de derechos e intereses legítimos, aunque por la interpretación mayoritariamente seguida, en caso de provenir dicha lesión de actos administrativos, debía obtenerse su anulación como condición previa a la acción de reparación patrimonial. Con la reforma constitucional de 1997 se ha puesto fin a dicho condicionamiento de la acción reparatoria al establecer en el nuevo texto del art. 312 que "el actor podrá optar entre pedir la anulación del acto o la reparación del daño por éste causado".

Consecuentemente, nuestra Constitución ha organizado el proceso contencioso administrativo de anulación no como un juicio al acto (contencioso objetivo) sino como un litigio entre partes (contencioso subjetivo) en el que se cuestiona la legitimidad del acto.

En su mérito, corresponde distinguir entre los requisitos de admisibilidad y de fondo de la acción anulatoria de actos administrativos que se sustancia ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo[49].

La Constitución regula los **presupuestos de admisibilidad de la acción anulatoria** en los arts. 309 y 319, los que permiten distinguir entre los relativos al acto objeto de impugnación, a la persona del accionante, y a la interposición de la acción.

En cuanto a las condiciones requeridas para que un acto sea susceptible de impugnación ante la jurisdicción anulatoria, derivan de la naturaleza del mismo y de sus caracteres.

En primer lugar, debe enfatizarse que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo conoce, en instancia única, de las demandas de nulidad contra actos administrativos. Por lo tanto, quedan excluídos los actos legislativos y jurisdiccionales.

Aclara el decreto-ley N° 15.524 de 9 de enero de 1984 que se consideran objeto de acción de nulidad "los actos administrativos unilaterales, convencionales o de toda otra naturaleza" (art. 23, lit. a), "los que sean separables de los contratos" (art. 23, lit. b) y "los que se hayan dictado durante la vigencia de la relación estatutaria que vincula al órgano estatal con el funcionario público" (art. 23, lit. c), sean de efectos particulares o generales (según surge del art. 25).

[48] Carlos E. DELPIAZZO. "Apuntes para una revisión del contencioso administrativo uruguayo", en Rev. de la Facultad de Derecho (Montevideo, 2000), N° 17, pág. 51 y sigtes.

[49] Héctor GIORGI. "El Contencioso Administrativo de Anulación" (Montevideo, 1958), pág. 135 y sigtes.

En segundo lugar, debe tratarse de actos administrativos "definitivos", es decir, a cuyo respecto se haya agotado la vía administrativa mediante la interposición de los recursos correspondientes y la autoridad competente se haya pronunciado (expresa o fictamente) sobre los mismos. Como dice el art. 24 del decreto-ley N° 15.524, los actos definitivos "constituyen la última manifestación de voluntad" de la Administración.

En tercer lugar, el acto debe ser susceptible de causar agravio en sentido jurídico (no material) o, en términos del citado art. 24, ser "creador de la situación jurídica lesiva que se resiste con la acción de nulidad".

Con referencia a los requisitos relativos a la persona del accionante, la Constitución reclama la titularidad de un derecho subjetivo o de un interés directo, personal y legítimo violado o lesionado por el acto.

Respecto a los requisitos referentes a la interposición de la acción, cabe señalar que la misma debe formularse por escrito (art. 58 y sigtes. del decreto-ley N° 15.524) y presentarse "son pena de caducidad" dentro de los 60 días corridos y siguientes al agotamiento de la vía administrativa (art. 9° de la ley N° 15.869), plazo que se suspende durante las Ferias judiciales y la llamada Semana de Turismo (art. 10 de dicha ley) y que se puede reabrir en caso de pronunciamiento expreso posterior a la configuración ficta de dicho agotamiento.

Los **presupuestos de fondo de la acción anulatoria**, surgen del mencionado art. 309 de la Carta, a cuyo tenor la jurisdicción anulatoria alcanza a los actos administrativos "contrarios a la regla de Derecho o (dictados) con desviación del poder".

En cuanto a la *contrariedad a la regla de Derecho*, que configura la ilegitimidad del acto, cabe señalar que el art. 23, lit. a) del decreto-ley N° 15.524 –en norma que reitera a la letra el texto del anterior art. 345 de la ley N° 13.318 de 28 de diciembre de 1964– considera tal, "todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual".

Al respecto, corresponde destacar la importancia de las referencias a los principios generales de Derecho y a los contratos como reglas de Derecho, lo que disipa toda duda acerca de la posibilidad de juzgamiento por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de los actos que sean violatorios de principios incluso no expresados en el Derecho positivo[50] o que impliquen un apartamiento unilateral por la Administración de lo pactado con eficacia vinculante para ambas partes[51].

Por otra parte, aunque pueda parecer innecesario, el multicitado art. 23, lit. a) del decreto-ley N° 15.524 agrega a la *desviación de poder* constitucionalmente prevista, los supuestos de *abuso y exceso de poder*, no contemplados en la norma antecedente.

IX. OTRAS TECNICAS DE CONTROL DE LA ADMINISTRACION

Además del control jurisdiccional (ejercido por los órganos del Poder Judicial y por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo) y del control parlamentario, la Constitución prevé el con-

[50] Alberto Ramón REAL. "Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya" (Montevideo, 1965), pág. 16 y sigtes.

[51] Carlos E. DELPIAZZO. "Contencioso de los contratos administrativos", en Anuario de Derecho Administrativo (Montevideo, 2000), tomo VIII, pág. 155 y sigtes.

trol administrativo de la gestión económico financiera de la Administración. A su vez, por vía legislativa, se ha desarrollado el control administrativo interno de dicha gestión, y lo que ha dado en llamarse el control social.

Respecto al **control externo**, en su triple fase de previo, permanente y posterior, de la juridicidad de la gestión económico financiera de las entidades estatales está a cargo del Tribunal de Cuentas[52].

De acuerdo a la Constitución, el Tribunal de Cuentas está integrado por siete miembros designados por la Asamblea General (arts. 208 y 209) y es configurado como un órgano que "actuará con autonomía funcional" (art. 210), es decir, que integra la persona pública estatal mayor sin hacer parte de los Poderes de gobierno. Su competencia se define diciendo que le corresponde "la vigilancia de la ejecución de los presupuestos y la función de contralor de toda gestión relativa a la Hacienda Pública" (art. 228).

Según lo previsto en el art. 94 del TOCAF, encabeza el sistema orgánico de control externo de la gestión económico-financiera estatal, pudiendo llevar a cabo su labor por sí o mediante un conjunto de órganos y funcionarios que actúan bajo su dirección.

Desde el punto de vista estructural, dicho sistema está compuesto por un centro primario, que es el propio Tribunal de Cuentas, y por múltiples centros secundarios, constituidos por los órganos y funcionarios que actúan bajo su dirección o superintendencia.

Desde el punto de vista funcional, se trata de un sistema instituido a los solos efectos del cumplimiento de la concreta actividad de control asignada, mediante modalidades en el ejercicio de la competencia.

Como solución de principio, toda la competencia de control externo está concentrada en el Tribunal de Cuentas. Pero como la eficacia del control previo y concomitante exige que el mismo sea realizado en las propias oficinas de los órganos o entidades objeto de fiscalización, el constituyente (en el art. 211, lit. B) y el legislador (en el art. 50 de la ley N° 16.736 de 5 de enero de 1996) han habilitado, facultativamente, la desconcentración no privativa de esa competencia.

En cuanto al control previo, el art. 211, lit. B) de la Constitución asigna al Tribunal de Cuentas la competencia de "intervenir preventivamente en los gastos y los pagos, conforme a las normas reguladoras que establecerá la ley y al sólo efecto de certificar su legalidad, haciendo, en su caso, las observaciones correspondientes".

Desde el punto de vista orgánico, se trata de los gastos y pagos de todos los órganos y organismos que integran el Estado en sentido amplio, es decir, la persona jurídica Estado, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y los Gobiernos Departamentales. Si bien ello no está dicho a texto expreso, surge con nitidez de la parte final del lit. B) de la misma disposición, que habilita a realizar el control preventivo de referencia "por intermedio de los respectivos contadores o funcionarios que hagan sus veces" de los organismos que configuran la descentralización territorial y por servicios en nuestro país.

Quiere decir que el Tribunal de Cuentas ejerce su competencia de control externo en la faz preventiva, de tres modos[53]:

a) directamente;

[52] Carlos E. DELPIAZZO. "Tribunal de Cuentas" (A.M.F., Montevideo, 1982), pág. 35 y sigtes.

[53] Fernando AGUIRRE RAMIREZ y Esther MUÑOZ DE HAM. "Administración Financiera" (F.C.U., Montevideo, s/f), tomo I, pág. 154 y sigtes.

b) por intermedio de los Contadores de los Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados; y

c) por intermedio de Contadores auditores.

Cuando el Tribunal de Cuentas ejercita directamente su competencia de control preventivo de los gastos y los pagos, caben dos opciones:

a) "certificar su legalidad" cuando los mismos se hayan dispuesto cumpliendo las exigencias legales y reglamentarias pertinentes; o

b) formular las "observaciones correspondientes" cuando del examen que practique surja alguna irregularidad.

En el primer caso, se agota la etapa de fiscalización, mientras que en el segundo la consecuencia jurídica de esas observaciones en la suspensión del procedimiento administrativo de formación del acto; se opera lo que se denomina el "efecto impeditivo" del actuar ilegítimo del órgano administrativo controlado ya que se traba el perfeccionamiento del acto respectivo.

Ese efecto impeditivo provoca la apertura de un verdadero incidente dentro del procedimiento, el que se sustancia con un traslado al órgano del cual emanó el proyecto observado, el que puede asumir dos actitudes:

a) si acepta las observaciones y corrige dicho proyecto, queda concluido el incidente y sigue adelante el trámite principal; y

b) si rechaza las observaciones, debe dictar un acto de insistencia y comunicarlo al Tribunal de Cuentas (tal como establece el art. 211, lit. B cuando dispone que "si el ordenador respectivo insistiera, lo comunicará al Tribunal sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto").

Por lo tanto, en caso de insistencia, el procedimiento del gasto o pago sigue su curso bajo la responsabilidad exclusiva del ordenador. Pero "si el Tribunal de Cuentas, a su vez, mantuviera sus observaciones, –también puede desistir de ellas dejándolas sin efecto– dará noticia circunstanciada a la Asamblea General, o a quien haga sus veces, a sus efectos" (art. 211, lit. B, inc. 2°). Agrega el art. 94, inc. final del TOCAF que "en los casos de la Administración Autónoma o Descentralizada, se comunicará, además, al Poder Ejecutivo cuando corresponda".

Tales comunicaciones de desacuerdo entre el Tribunal de Cuentas y los ordenadores se realizan a los efectos de poner en funcionamiento los respectivos mecanismos de control previstos en la Constitución.

Cuando la competencia del Tribunal de Cuentas es ejercida por intermedio de los Contadores de los Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos Departamentales, se asiste a una hipótesis de desconcentración no privativa en que existe una competencia compartida o acumulativa cuyo ejercicio por dichos Contadores está condicionado a una manifestación de voluntad del Tribunal de Cuentas como cabeza del sistema.

Es que la Constitución configura una situación en que el Contador respectivo debe tolerar la existencia de una doble jerarquía: una principal o dominante, que es la propia del organismo al que pertenece (Ente Autónomo, Servicio Descentralizado o Gobierno Departamental) y otra accesoria o específica, que es la determinada por la subordinación al Tribunal de Cuentas.

Cuando la competencia es ejercida por intermedio de los Contadores auditores, la situación se encuadra en lo previsto en el art. 96 del TOCAF, según el cual "las funciones de control que le competen al Tribunal de Cuentas podrán ser ejercidas por intermedio de sus propios auditores designados para actuar en las Contadurías Generales, Contadurías Centrales o Servicios de

Contabilidad que hagan sus veces en toda la Administración Pública centralizada o descentralizada" (inc. 1°).

Aclara la norma que "en los casos en que el Tribunal hubiere cometido a sus auditores... la función de intervención preventiva de gastos y pagos a que refiere el art. 211, lit. B) de la Constitución de la República, las observaciones que formulen estos dentro del límite atribuído a su competencia, se entenderán como realizadas por el Tribunal de Cuentas" (inc. 4°), sin perjuicio de que éste "podrá avocar dicho control" (inc. 5°).

Del tenor de la norma parcialmente transcripta se infiere que, ordinariamente, el Contador auditor será un funcionario "designado" por el Tribunal de Cuentas, el cual pertenecerá a sus cuadros funcionales (en cuyo caso estará íntegramente subordinado al Tribunal de Cuentas) o podrá pertenecer a la organización controlada, como ocurre con los Contadores centrales (en cuyo caso se verificará una situación de jerarquía múltiple).

Desde el punto de vista del procedimiento de actuación del Contador auditor, establece el art. 97 del TOCAF que, en caso de observación del gasto o pago, "deberá documentar su oposición y si el ordenador respectivo insistiera en el mismo, se comunicará tal resolución al Tribunal sin perjuicio de dar cumplimiento al acto dispuesto bajo la exclusiva responsabilidad de dicho ordenador".

En cuanto al control permanente, establece el art. 211, lit. E) de la Constitución, que compete al Tribunal de Cuentas "intervenir en todo lo relativo a la gestión financiera de los órganos del Estado, Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, y denunciar, ante quien corresponda, todas las irregularidades en el manejo de fondos públicos e infracciones a las leyes de presupuesto y contabilidad".

El doble objeto del control permanente está definido por la disposición transcripta precedentemente.

Por una parte, respecto a la intervención en la gestión financiera estatal, ella aparece definida con similar amplitud en el art. 228 de la Constitución (que refiere a "toda gestión relativa a la Hacienda Pública") y en el art. 94 del TOCAF (que alude a "los actos y la gestión económico-financiera").

Por otra parte, en cuanto a la denuncia de irregularidades, corresponde destacar que el mismo ratifica el papel del Tribunal de Cuentas en cuanto a que el mismo se limita a controlar sin asumir funciones decisorias propias de los órganos de administración activa.

En cuanto al control posterior, de acuerdo al art. 211, lit. C) de la Constitución, compete al Tribunal de Cuentas examinar "la rendición de cuentas y gestiones de todos los órganos del Estado, inclusive Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, cualquiera sea su naturaleza, así como también en cuanto a las acciones correspondientes en caso de responsabilidad, exponiendo las consideraciones y observaciones pertinentes".

Con relación al primer aspecto edictado por el precepto constitucional, no hay un efecto jurídico inmediato cuando el Tribunal de Cuentas informa sobre las rendiciones de cuentas. En cambio, cuando opina sobre la gestión de los titulares de los diversos órganos del Estado, es dable advertir un efecto jurídico en el caso previsto en el art. 192 de la Constitución, que establece que los Directores de los Entes Autónomos, Servicios Descentralizados "podrán ser reelectos o designados para otro Directorio o Dirección General siempre que su gestión no haya merecido observación del Tribunal de Cuentas, emitida por lo menos por cuatro votos conformes de sus miembros". Se trata de un efecto que no puede salvarse con la insistencia; desde que el Tribunal se pronuncia, esa persona no puede ser reelecta ni designada par otro órgano de los indicados.

La competencia del Tribunal de Cuentas relativa al examen de las rendiciones de cuentas, se complementa con lo preceptuado en el literal D) del art. 211, que le impone presentar anualmente a la Asamblea General una memoria contentiva de las mismas.

A su vez, el art. 114 del TOCAF dispone que "todo funcionario o empleado, como así también toda persona natural o jurídica que perciba fondos en carácter de recaudador, depositario o pagador, o que administre, utilice o custodie otros bienes o pertenencias del Estado, con o sin autorización legal, está obligado a rendir cuenta documentada o comprobable de su versión, utilización o gestión".

Con relación al segundo aspecto edictado por el lit. C) del art. 211, corresponde señalar que la intervención del Tribunal "en cuanto a las acciones correspondientes en caso de responsabilidad", es también aquí de dictamen e información, de naturaleza administrativa y no jurisdiccional.

El Título VI del TOCAF desarrolla el precepto constitucional en sus arts. 119 a 130. La solución de principio que emerge de dicho conjunto normativo es que se compromete directamente la responsabilidad administrativa "por el apartamiento de las normas aplicables, de los objetivos y metas previstos, y el apartamiento inexcusable de los principios y procedimientos de buena administración, en todos los casos en lo relativo al manejo de dineros o valores públicos y a la custodia o administración de bienes estatales" (art. 119, inc. 3°)[54].

Con relación al **control interno**, al tenor del art. 92 del TOCAF, "El sistema de control interno de los actos y la gestión económico financiera está encabezado por la Auditoría Interna de la Nación –que es una dependencia del Ministerio de Economía y Finanzas dotada de desconcentración– a la cual corresponderá: 1) realizar las tareas de auditoría de acuerdo a las normas de auditoría generalmente aceptadas; 2) verificar el movimiento de fondos y valores de la Tesorería General de la Nación y el arqueo de sus existencias; 3) inspeccionar los registros analíticos y sintéticos de la Contaduría General de la Nación y verificar, mediante los métodos usuales de auditoría, su correspondencia con la documentación respaldante y la de ésta con la gestión financiera patrimonial; 4) verificar la adecuación de los estados contables presupuestarios de los organismos comprendidos en el Presupuesto Nacional a los registros y la documentación que los respaldan; 5) fiscalizar la emisión y destrucción de valores fiscales; 6) supervisar el cumplimiento del control del régimen de asistencia, horarios, licencias y aplicación de los recursos humanos de quienes revistan en la Administración Central, debiendo realizar informes periódicos de sus resultados; y 7) cumplir toda otra tarea de control posterior que le sea cometida"[55].

A diferencia del control externo a cargo del Tribunal de Cuentas (que es previo, permanente y posterior), el que la ley confía a la Auditoría Interna de la Nación, además de interno, es un *control selectivo y posterior*, abarcando los aspectos presupuestales, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, así como la evaluación de programas y proyectos (art. 93).

Concluidas sus actuaciones de control, la Auditoría Interna de la Nación producirá informes, de los que deberá dar vista al organismo controlado antes de adoptar resolución (art. 93.IV). Posteriormente, elevará al Poder Ejecutivo copia de la resolución que dicte y "semestralmente

[54] Carlos E. DELPIAZZO. "Responsabilidad de los funcionarios públicos y de los concesionarios de servicios públicos", en Rev. de Direito Administrativo & Constitucional (Curitiba, 2000), N° 3, pág. 39 y sigtes.

[55] Carlos E. DELPIAZZO. "Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera" cit., 4ª edición actualizada, pág. 58 y sigtes.

hará público un informe sintético de los resultados de las auditorías efectuadas" (art. 93.V). Se trata de un instrumento de transparencia facilitador de lo que la ley N° 17.060 de 23 de diciembre de 1998 llama control social de la Administración.

Finalmente, en cuanto al **control social**, bajo tal denominación, el capítulo III de la ley anticorrupción N° 17.060 de 23 de diciembre de 1998 contiene tres disposiciones jerarquizadoras del principio de transparencia en el obrar de los servidores públicos[56].

En primer término, el art. 5° ordena que "Los organismos públicos darán amplia publicidad a sus adquisiciones de bienes y contrataciones de servicios".

A renglón seguido, establece el art. 6° que "El Poder Ejecutivo, a propuesta de la Junta (Asesora en Materia Económico Financiera del Estado creada en la misma ley), llevará a cabo periódicamente campañas de difusión en materia de transparencia pública y responsabilidad de los funcionarios públicos, así como sobre los delitos contra la Administración Pública y los mecanismos de control ciudadano".

Finalmente, agrega el art. 7° que "Los actos, documentos y demás elementos relativos a la función pública pueden ser divulgados libremente, salvo que por su naturaleza deban permanecer reservados o secretos o hayan sido declarados tales por ley o resolución fundada. En todo caso, bajo la responsabilidad a que hubiere lugar por Derecho".

Obsérvese que la normativa transcripta pone el énfasis en el acceso por los integrantes del cuerpo social a la información relativa al quehacer administrativo, avanzando un paso más respecto a la clásica publicidad de su actividad al prever que esa información pueda ser divulgada libremente por el medio que sea. Se ingresa así en el amplio campo del nuevo principio general de transparencia, a través del cual "se quiere dar un paso más respecto a la publicidad... como que la publicidad implica mostrar pero la transparencia implica algo más que mostrar, implica dejar ver; simplemente que el actuar de la Administración se deje ver como a través de un cristal"[57].

X. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

La **evolución constitucional** uruguaya permite distinguir tres períodos en la materia[58].

En primer lugar, bajo la vigencia de las Constituciones de 1830 y 1917, nada se estableció al respecto, por lo que la responsabilidad del Estado se hizo valer jurisprudencialmente a partir del art. 21 del Código Civil, que considera personas jurídicas "y por consiguientes capaces de derechos y obligaciones civiles", entre otros al Estado.

Más tarde, en la reforma constitucional de 1934, se produjo una significativa modificación al establecerse la responsabilidad primaria de los funcionarios y subsidiaria del Estado, cuya aplicación planteó serias dificultades interpretativas. Decía el art. 24: "Será civilmente responsable

[56] Carlos E. DELPIAZZO. "Desafíos actuales del control" cit., pág. 97 y sigtes.

[57] Carlos E. DELPIAZZO. "La regulación legal del control social y transparencia", en Rev. de Antiguos Alumnos del IEEM (Montevideo, 2002), Año 5, N° 1, pág. 29 y sigtes.; "Control social de la Administración y transparencia", en Rev. Ius Publicum (Santiago de Chile, 2003), N° 11, pág. 43 y sigtes.; y "De la publicidad a la transparencia en la gestión administrativa", en Rev. de Derecho (U.M., Montevideo, 2003), Año II, N° 3, pág. 113 y sigtes.

[58] Carlos E. DELPIAZZO. Responsabilidad de la Administración en Uruguay", en Rev. Iberoamericana de Administración Pública (INAP, Madrid, 2003), N° 10, pág. 31 y sigtes.; y "Responsabilidad del Estado y de los concesionarios de servicios públicos", en Anuario de Derecho Administrativo, (Montevideo, 1999), tomo VII, pág. 51 y sigtes.

cualquier funcionario que, en ejercicio de la función pública que le estuviere confiada, y con incumplimiento de los deberes que el cargo le impone, cause perjuicio a un tercero" (inc. 1°). Y agregaba: "Responderán subsidiariamente, el Estado, los Municipios, los Entes Autónomos o Servicios Descentralizados, o el órgano público de que dependa el funcionario, quienes serán parte necesaria en los juicios que se promuevan al efecto, y tendrán el derecho de repetir contra aquél lo que hubieren pagado en caso de condenación" (inc. 2°).

El **régimen vigente de responsabilidad de la Administración** es el que resulta de la reforma constitucional de 1952, la cual invierte la solución anterior, consagrando la responsabilidad estatal directa. De acuerdo al nuevo art. 24, que permanece incambiado hasta el presente, "El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión o dirección".

La referencia de la norma transcripta a "la ejecución de los servicios públicos" ha planteado vacilaciones acerca de su alcance.

Al respecto, puede decirse que hoy existe consenso acerca de que dicha expresión está usada en un sentido amplio que hace aplicable el precepto a todos los daños ocasionados por sujetos de Derecho público en el ejercicio de la función administrativa, sin perjuicio de opiniones en el sentido de que cubriría también la responsabilidad derivada del ejercicio de la función jurisdiccional o aún toda la actividad estatal.

En consecuencia, la responsabilidad de cualquier Administración frente al damnificado es directa, obligándola a indemnizar pecuniariamente tanto por los actos como por los hechos y omisiones que ocasionaren perjuicio.

Cabe observar que la norma bajo examen establece el principio general de la responsabilidad de los entes estatales pero no determina cuándo surge dicha responsabilidad, es decir, cuál es el criterio de imputación que debe seguirse[59].

Sobre el particular, el comienzo del siglo XXI encuentra a Uruguay ante la curiosa situación de que doctrina y jurisprudencia nacionales discrepan acerca de cuándo surge la responsabilidad administrativa, es decir, si ella obedece a fundamentos de tipo subjetivo o de tipo objetivo ya que los criterios de imputación no son otra cosa que criterios particulares que consagran el fundamento de la responsabilidad.

Mientras que la doctrina actual del Derecho público se inclina decididamente por la responsabilidad objetiva de las entidades estatales, la jurisprudencia de los tribunales se orienta prácticamente sin fisuras en el sentido de la responsabilidad subjetiva, acudiendo frecuentemente a la aplicación de la legislación civil.

Por lo que refiere al **régimen vigente de responsabilidad de los funcionarios públicos**, el mismo surge del art. 25 de la Constitución, a cuyo tenor "Cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación"[60].

[59] Carlos E. DELPIAZZO. "Acerca de la imputación de la responsabilidad del Estado en el Derecho comparado actual", en Suplemento de Derecho Administrativo de Rev. El Derecho (Buenos Aires, 2000), Año XXXVIII, N° 9975, pág. 17 y sigtes.

[60] Carlos E. DELPIAZZO. "Responsabilidad de los funcionarios públicos y de los concesionarios de servicios públicos" cit., pág. 39 y sigtes.

A partir de la lectura conjunta de los citados arts. 24 y 25, se ha interpretado que la responsabilidad patrimonial frente a terceros recae siempre sobre la Administración, no siendo posible accionar directamente contra el funcionario, salvo en caso de actos personalísimos. Significa que, una vez hecha efectiva la responsabilidad de la entidad estatal correspondiente, será ésta la única legitimada para hacer valer la responsabilidad del funcionario, por vía de repetición, en base a un criterio definidamente subjetivo: debe haberse obrado con "culpa grave o dolo", excluyéndose la culpa simple, la mera negligencia o el error excusable.

Para hacer efectiva la responsabilidad del funcionario, el Decreto del Poder Ejecutivo N° 701/991 de 23 de diciembre de 1991 dispuso en su art. 1° que "toda resolución que disponga el pago de indemnización por responsabilidad civil del Estado, ordenará, además, la iniciación, una vez que se cancele la obligación, del procedimiento administrativo a fin de determinar si corresponde promover la acción de repetición contra el funcionario o funcionarios públicos responsables del daño".

Sin perjuicio de lo antedicho, el art. 211, lit. C) de la Constitución comete al Tribunal de Cuentas dictaminar "en cuanto a las acciones correspondientes en caso de responsabilidad" al examinar las rendiciones de cuentas y gestiones de todas las entidades estatales. Asimismo, el art. 213 alude a "las responsabilidades y garantías a que quedarán sujetos los funcionarios públicos que intervienen en la gestión del patrimonio del Estado" como materia a incluir en la Ley de Contabilidad y Administración Financiera. Consecuentemente, el TOCAF dedica el Título VI (arts. 119 y sigtes.) al tema de la responsabilidad funcional, incluyendo la patrimonial.

Más allá de tales disposiciones parciales, la solución de principio es que se compromete directamente la responsabilidad patrimonial del funcionario toda vez que se cause un daño al patrimonio de la entidad estatal. En tal sentido, en materia financiero-contable, el mencionado TOCAF prevé que "la responsabilidad alcanza mancomunada y solidariamente a todos los que resuelvan, dispongan, ejecuten o intervengan en la formación de actos u ocurrencia de hechos" que se aparten de la normativa aplicable (art. 121), debiendo el jerarca respectivo promover el procedimiento de investigación que corresponda (art. 122), al cabo del cual, si no existieran responsabilidades, se archivará el expediente. En cambio (art. 129), si se hubiere configurado responsabilidad pero no hubiere perjuicio para el erario, se dispondrán las medidas disciplinarias adecuadas; y si se hubiere configurado responsabilidad y perjuicio, se adoptarán medidas disciplinarias y se promoverá acción judicial de reparación. "A los efectos de la acción civil –termina diciendo el art. 129– el testimonio de la resolución administrativa y en coincidencia con el dictamen del Tribunal de Cuentas, constituirá presunción simple de la entidad del perjuicio a reclamar".

Cabe agregar que "el cese de funciones no exime de responsabilidad civil al ex funcionario" (art. 126) y que "las responsabilidades específicas en materia financiero-contable y las civiles emergentes... prescriben a los diez años a contar de la fecha del acto o hecho que diera origen a las mismas" (art. 127).

XI. SERVICIO PÚBLICO Y MERCADOS DE INTERES GENERAL

Al estudiar los cometidos del Estado, **tradicionalmente** se ha distinguido en nuestro país entre los cometidos esenciales, los servicios públicos, los servicios sociales, la actuación estatal

en el campo de la actividad privada, y los aspectos administrativos de la regulación de la actividad privada[61].

En ese marco, se ha definido a los servicios públicos como aquellos desarrollados por entidades estatales o por su mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos bajo un régimen de Derecho público[62].

No obstante, tal delimitación instrumental no puede considerarse acabada y definitiva ya que la propia noción de servicio público se encuentra hoy requerida de una reconstrucción histórica y conceptual[63].

A comienzos de siglo, necesidades prácticas y no meras especulaciones teóricas fueron las que llevaron a la doctrina francesa a intentar superar la ausencia de textos claros que deslindaran la competencia de los tribunales administrativos frente a los tribunales judiciales comunes mediante un principio general que permitiera reconocer cuáles son los litigios de competencia del juez administrativo, trazando las fronteras con la jurisdicción judicial. En ese contexto, los autores de la escuela de Burdeos establecieron como criterio definidor del Derecho administrativo y, por ende, de la jurisdicción administrativa, el del servicio público, caracterizado esquemáticamente por tres elementos básicos:

a) un elemento teleológico, significado porque se tratara de una actividad tendiente a satisfacer necesidades de interés general;

b) un elemento subjetivo u orgánico, consistente en que la actividad estuviera a cargo de una entidad estatal; y

c) un elemento formal, expresado en que la actividad se regule primordialmente por el Derecho público.

La amplitud de tal noción encerró el germen de su crisis, conduciendo a su posterior acotamiento para designar el conjunto de actividades desatinadas a satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones desarrolladas por entidades estatales (solución de principio) o por su mandato expreso (solución de excepción efectivizada a través de concesiones), ordinariamente con exclusividad, es decir, con exclusión de otros prestadores ya que la "publicatio" del servicio apareja su exclusión del campo de la libertad de los particulares.

En función de tales características, respecto a la lista de servicios públicos, corresponde formular dos puntualizaciones importantes.

En primer lugar, en la medida que la "publicatio" determinante de la calificación de una actividad como servicio público debe realizarse por ley, dicha enumeración es esencialmente variable y cambiante, no sólo de un ordenamiento jurídico a otro, sino dentro de un mismo país en distintos momentos.

En segundo lugar, corresponde distinguir entre servicios públicos propios e impropios, considerando tales a aquellos que tienen de común con los propios la satisfacción en forma continua de necesidades colectivas pero que, en la medida que no han sido determinados como tales por

[61] Enrique SAYAGUES LASO. "Los cometidos estatales", en Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo, 1973), Año XVII, pág. 356 y sigtes.; y "Tratado de Derecho Administrativo" cit., tomo I, pág. 48 y sigtes.

[62] Enrique SAYAGUES LASO. "Tratado de Derecho Administrativo" cit., tomo I, pág. 65.

[63] Jorge Luis SALOMONI. "Teoría general de los servicios públicos" (Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999), pág. 17.

ley formal, no son prestados ni concedidos por el Estado, sino que se trata, en realidad, de actividades privadas de interés público.

Actualmente, las restricciones propias del régimen clásico de los servicios públicos –económicamente monopólicos, de mínimos, uniformes– aparejan una nueva crisis y el afloramiento del llamado "nuevo modelo de servicios públicos competitivos" y, consecuentemente, la noción de "servicio universal"[64].

Es que la evolución tecnológica reciente y la apertura de los mercados ha dado lugar a la multiplicación de servicios, cuyo disfrute por todos los ciudadanos debe ser garantizada sobre la base de principios como la no discriminación o la transparencia. Ello ha llevado a que la distinción entre las prestaciones de mercado y las prestaciones de servicio universal se funde en que estas últimas son modalidades a las que el mercado, por sí solo, no daría respuesta y la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo al que todos tienen derecho. Así, la apertura de los servicios a la competencia y a las leyes de mercado (frente a la idea tradicional de que todo servicio público, como actividad reservada, confiere exclusividad), se caracteriza básicamente por las siguientes notas:

a) la no calificación como servicio público de una actividad o sector en su conjunto sino sólo de algunas tareas o actuaciones concretas dentro de aquél, de modo que, en lugar de declarar servicio público a las telecomunicaciones, lo que hay que hacer es precisar cuáles son las obligaciones o cargas de servicio universal que hay que garantizar a todos (lo que exige la diferenciación de prestaciones tales como el servicio de telefonía básica y los servicios de valor agregado);

b) el abandono del concepto de reserva, con todo el régimen jurídico que este concepto lleva consigo (de titularidad de la actividad a favor del Estado, de la concesión como transferencia, etc.); y

c) la sustitución de un régimen cerrado (de exclusividad) por un régimen abierto a la entrada en el sector, bajo un sistema de autorización reglamentada y de imposición (unilateral o contractual) de cargas u obligaciones destinadas a garantizar determinadas prestaciones al público, que se impondrán de modo vinculante a todos cuantos actúen en el sector (con la consiguiente compensación económica).

Asimismo, con el advenimiento de los procesos de transformación estatal pautados por privatizaciones, desestatizaciones, demonopolizaciones, asociaciones y otros instrumentos[65], aparecen los llamados marcos regulatorios de distintas actividades, acompañados de la creación de entes u órganos encargados de su aplicación y desarrollo.

En tal sentido, los **entes u órganos de regulación y control** no son otra cosa que instrumentos de que se sirve el Estado para promover la competencia, asegurar las prestaciones y proteger a los usuarios[66].

Para hacerlo, suelen estar dotados de poderes jurídicos de distinta naturaleza y extensión. Al respecto, el panorama es amplísimo y abarca desde las clásicas potestades administrativas vincu-

[64] Carlos E. DELPIAZZO. "Régimen jurídico de las telecomunicaciones" (U.M., Montevideo, 2001), pág. 8 y sigtes.

[65] Carlos E. DELPIAZZO. "Instrumentos usados para la reforma del Estado en Uruguay", en Rev. de Derecho del Mercosur (Buenos Aires, 1997), Año I, Nº 2, pág. 67 y sigtes.

[66] Mariano R. BRITO y Carlos E. DELPIAZZO. "Derecho Administrativo de la Regulación Económica" (U.M. Montevideo, 1998), pág. 60 y sigtes.

ladas con la fiscalización de los servicios y el cumplimiento de las condiciones fijadas para los mismos (por ejemplo, en los contratos de concesión), hasta la aplicación de sanciones, pasando por el régimen tarifario. Asimismo, se advierte una rica gama de poderes reglamentarios, tanto en materia de seguridad y procedimientos técnicos, como de medición y facturación de los consumos, control y uso de medidores, calidad de las prestaciones, y resolución de controversias.

Conforme al modelo norteamericano, el principio inspirador de las llamadas "Agencias" o Comisiones" reguladoras es obtener una administración técnica independiente y sustraída de las alternativas de la vida política. El arquetipo de estas Comisiones fue la Reserva Federal en materia de regulación monetaria y bancaria, y el modelo se ha utilizado para el control de los servicios públicos. Los procedimientos de las agencias norteamericanas están basados en la publicidad, la contradicción y la objetividad de los actos.

En países con estructuras institucionales que responden más al modelo francés, se ha enfatizado principalmente en la configuración de una Administración participativa, neutral, respetuosa del mercado y de la sociedad.

Desde el punto de vista estático o de la teoría de la organización, algunos países han optado por la configuración de "entes" reguladores y de control personificados (como es el caso argentino) mientras que otros han establecido simplemente "órganos" reguladores y de control dentro de entidades estatales ya existentes (como es el caso uruguayo).

En este segundo situación, se plantea la alternativa de tener un sólo órgano regulador y de control o tener varios.

En la hipótesis de erigir multiplicidad de órganos reguladores y de control, la opción es implantarlos descentralizadamente o en forma centralizada al Poder Ejecutivo.

A su vez, en el caso de pluralidad de órganos reguladores dependientes del Poder Ejecutivo, cabe imaginar su funcionamiento en el ámbito de cada uno de los Ministerios sectoriales o fuera de ellos. En el caso de la Constitución uruguaya, esta segunda opción se ha articulado a través de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto como dependencia de la Presidencia de la República[67].

Desde el punto de vista dinámico o de la teoría de la actividad, una primera aproximación al examen de estos entes u órganos revela su inserción en un marco de reparto de competencias, en el que corresponde diferenciar:

a) la planificación y fijación de políticas a cargo del Poder Ejecutivo;

b) la regulación y el control a cargo de entes u órganos con creciente especialización y autonomía técnica; y

c) la prestación de la actividad concreta, tanto por operadores públicos como privados.

En el Derecho positivo uruguayo, prescindiendo de otros antecedentes, la ley Nº 16.832 de 17 de junio de 1997 creó la Unidad Reguladora de la Energía Eléctrica (UREE) como dependencia del Poder Ejecutivo –sin indicación de su posición institucional específica, la que fue determinada posteriormente por la ley Nº 17.296 de 21 de febrero de 2001, que la ubicó en el ámbito de la Comisión de Planeamiento y Presupuesto (art. 98)– dirigida por una Comisión integrada por tres miembros designados por el Poder Ejecutivo (art. 2º).

Con posterioridad, la citada ley Nº 17.296 creó la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC) "como órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo" (art. 70) que "funcio-

[67] Carlos E. DELPIAZZO. "Desafíos actuales del control" cit., pág. 16.

nará operativamente en el ámbito de la Comisión de Planeamiento y Presupuesto –literal O de las Disposiciones Transitorias y Especiales de la Constitución– y actuará con autonomía técnica" (art. 74), sin perjuicio de ajustes no esenciales introducidos por la ley Nº 17.598 de 13 de diciembre de 2002 (art. 23).

Dicha Unidad también está dirigida por una Comisión de tres miembros designados por el Poder Ejecutivo cuyos integrantes quedan sometidos a un riguroso estatuto jurídico (arts. 75 a 79).

Desde el punto de vista de su competencia, el ámbito de actuación de la URSEC alcanza no sólo a las actividades de telecomunicaciones sino también a las postales (arts. 71 y 73).

Más recientemente, por imperio de la ley Nº 17.598 de 13 de diciembre de 2002, se creó la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA) como un órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo (art. 1º), que también funciona en el ámbito de la Comisión de Planeamiento y Presupuesto, dotada de autonomía técnica (art. 3º), suprimiéndose la UREE (art. 22).

Como su nombre lo indica, el ámbito de actuación de la URSEA alcanza no sólo a las actividades referidas a la energía eléctrica sino también al gas natural, el agua potable, el saneamiento y los combustibles (arts. 1º y 15).

XII. FUNCION PÚBLICA

En el Uruguay, rige una **noción amplia** de funcionario público, tanto a nivel positivo como doctrinario.

Así, según el art. 1º del Estatuto del Funcionario aprobado por el decreto-ley Nº 10.388 de 13 de febrero de 1943, incorporado como art. 2º del Texto Ordenado de Normas en materia de Funcionarios Públicos (TOFUP), "Considérase funcionario público a toda persona que, nombrada por autoridad competente, participa en el funcionamiento de un servicio público permanente, mediante el desempeño de un empleo remunerado, que acuerda derecho a jubilación".

A su vez, el art. 175 del Código Penal dispone que: "A los efectos de este Código, se reputan funcionarios a todos los que ejercen o desempeñan una función retribuida o gratuita, permanente o temporaria, de carácter administrativo, legislativo o judicial en el Estado, en el Municipio o en cualquier ente público".

Por su parte, a los efectos jubilatorios, la ley Nº 9.940 de 2 de julio de 1940 considera funcionarios públicos a "todas aquellas personas que prestan servicios en los cuadros activos de la Administración del Estado", siempre que reúnan las condiciones que se detallan.

La doctrina nacional del Derecho administrativo ha adoptado también un concepto amplio de funcionario público, entendiendo por tal todo individuo que ejerce funciones públicas en una entidad estatal, incorporado mediante designación u otro procedimiento legal.

De lo que viene de decirse se desprende que la doble condición de trabajadores y de dependientes de entidades estatales que reúnen los funcionarios públicos enmarca su régimen jurídico, cuyas **bases constitucionales** han sido desarrolladas por la ley y los reglamentos[68].

[68] Carlos E. DELPIAZZO. "Profesionalización de la función pública en Uruguay", en La profesionalización de la función pública en Iberoamérica (Instituto de Administración Pública de España, Madrid, 2002), pág. 241 y sigtes.

De acuerdo al art. 53 de la Constitución, "el trabajo está bajo la protección especial de la ley". Se trata de una disposición tuitiva del trabajo en sí mismo, como aplicación de energías intelectuales o corporales en forma que redunde en beneficio de la colectividad, que da la posibilidad de ganar el sustento; el trabajo es originaria y radicalmente una cualidad o atributo inherente a la persona humana, que es rasgo de su ser peculiar y que revela al hombre en su aptitud creadora.

Afirmado dicho principio básico, el art. 54 de la Carta manda reconocer un conjunto de derechos "a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado", es decir, en una situación de dependencia, sin tener en cuenta al sujeto subordinante y a la naturaleza (pública o privada) de la relación motivante de la subordinación.

Tomando como base esta normativa de máximo rango, se ha postulado la existencia de un Derecho general del trabajo que prima sobre el Derecho privado del contrato de trabajo y sobre el Derecho administrativo de la función pública, abriendo cauce a una corriente juspublicista de opinión que sustenta la existencia de una regulación del trabajo como hecho en sus diversos aspectos, aplicable a todo trabajador genéricamente considerado.

Según el art. 58 de la Constitución, "los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política". A partir de esta disposición, se introduce la consideración de los elementos que perfilan la específica situación jurídica de los funcionarios públicos: la naturaleza pública del vínculo de subordinación y la estatalidad del sujeto subordinante.

Precisamente, el conjunto de normas que establecen los derechos, deberes y garantías de los funcionarios públicos en cuanto tales, es decir, en la medida en que se encuentran vinculados con la Administración por una relación funcional, constituye el *"estatuto del funcionario" en sentido material.*

En cambio, por *"estatuto del funcionario" en sentido formal* se entiende determinado acto regla, generalmente llamado así por la Constitución, expresamente previsto por ésta, cuyo contenido integra el estatuto material, y cuyo procedimiento de formación, contenido y órganos competentes para su dictado están establecidos en la Constitución, según se verá seguidamente.

Mientras que las Constituciones de 1830 y de 1917 sólo incluyeron escasas disposiciones en materia de funcionarios públicos y la Carta de 1934 consagró un régimen de estatuto formal único librado a la ley, las Constituciones de 1952 y la de 1967 impusieron un **régimen de estatutos formales múltiples**, que es el actualmente vigente[69].

Tal diversidad responde en buena medida a la arquitectura constitucional de la organización administrativa uruguaya, en la que es posible distinguir la persona pública mayor Estado (integrada por el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, y los órganos de creación constitucional Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Tribunal de Cuentas y Corte Electoral), los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, y los Gobiernos Departamentales.

De acuerdo al art. 59, "la ley establecerá el Estatuto del Funcionario sobre la base fundamental de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario. Sus preceptos se aplicarán a los funcionarios dependientes:

A) Del Poder Ejecutivo, con excepción de los militares, policías y diplomáticos, que se regirán por leyes especiales.

B) Del Poder Judicial y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, salvo en lo relativo a los cargos de la Judicatura.

[69] Carlos E. DELPIAZZO. "Contratación Administrativa" cit., pág. 460 y sigtes.

C) del Tribunal de Cuentas.

D) de la Corte Electoral y sus dependencias, sin perjuicio de las reglas destinadas a asegurar el contralor de los partidos políticos.

E) de los Servicios Descentralizados, sin perjuicio de lo que a su respecto se disponga por leyes especiales en atención a la diversa índole de sus cometidos".

Conforme a esta norma, *el primer estatuto formal* –que la Carta llama "Estatuto del Funcionario"– comprende a casi todos los funcionarios de la Administración centralizada (con excepción de los que tienen a su cargo los cometidos esenciales) y a los de los Servicios Descentralizados. Su aprobación debe hacerse por ley, al igual que los estatutos particulares de los funcionarios excluidos en atención a la especificidad de sus funciones.

En segundo lugar, según el art. 62, "los Gobiernos Departamentales sancionarán el Estatuto para sus funcionarios".

Puesto que existen 19 Departamentos, hay 19 Estatutos departamentales, cada uno de los cuales abarca al personal respectivo. Su aprobación debe realizarse por decreto de la Junta Departamental, es decir, por un acto con valor y fuerza de ley en su jurisdicción, emanado del órgano legislativo departamental.

En tercer término, en el ámbito de los Entes Autónomos, la Constitución distingue entre las denominadas "empresas públicas" integrantes del dominio industrial y comercial del Estado y los Entes de enseñanza. Respecto a los primeros, establece el art. 63 que "los Entes Autónomos comerciales e industriales proyectarán, dentro del año de promulgada la presente Constitución, el Estatuto para los funcionarios de su dependencia, el cual será sometido a la aprobación del Poder Ejecutivo". En cuanto a los segundos, el art. 204, inc. 2° prevé que sus Consejos Directivos "establecerán el Estatuto de sus funcionarios".

Quiere decir que cada Ente Autónomo tendrá su propio estatuto formal abarcativo de todos sus funcionarios. Su aprobación se materializa a través de reglamentos autónomos, que en el primer caso emanan del Poder Ejecutivo (decreto) y en el segundo del órgano jerarca respectivo (ordenanza).

En último término, a nivel del Poder Legislativo, el art. 107 prevé que "cada Cámara nombrará sus Secretarios y el personal de su dependencia, de conformidad con las disposiciones reglamentarias que deberá establecer".

En consecuencia, habrá un estatuto formal para el personal de la Cámara de Senadores y otro para el de la Cámara de Representantes, aprobados por reglamentos emanados de cada una de ellas.

En materia de **ingreso a la función pública**, sin desconocer la existencia de regímenes especiales, la normativa vigente prescribe el concurso como procedimiento de principio para la selección de personal, sin perjuicio del sorteo.

Consecuentemente, las designaciones de funcionarios que se realicen en contravención a dichas reglas, "serán nulas de pleno derecho, sin perjuicio de la responsabilidad en que el jerarca designante haya incurrido", según lo prescripto por el art. 7° de la ley N° 16.127 de 7 de agosto de 1990.

Ahora bien: en algunas oportunidades la Administración acude al instrumento contractual para la obtención de los recursos humanos que necesita. Cuando ello acontece, puede ocurrir que el contratado se incorpore a la función pública o que no se verifique tal incorporación. En la primera de estas dos hipótesis, estaremos en presencia de un contrato de función pública, lo que

conduce a la caracterización del "funcionario público contratado", cuya noción se obtiene por oposición a la de "funcionario público presupuestado"[70].

Nuestra Constitución habla de "funcionarios presupuestados" en el art. 60, al establecer "la carrera administrativa para los funcionarios presupuestados de la Administración Central, que se declaran inamovibles".

Quiere decir que el constituyente quiso asociar el sistema de la carrera administrativa al carácter profesional y permanente en el desempeño de la función pública por oposición a quienes lo hacen de modo transitorio o a término.

En realidad, la palabra "presupuestado" deriva del sustantivo "presupuesto", por lo que se ha entendido que funcionarios presupuestados son aquellos que son titulares de cargos previstos en las planillas de la ley presupuestal sancionada conforme a lo dispuesto en la Sección XIV de la Constitución y a lo establecido en los arts. 85, num. 13 y 86 de la misma.

Contrariamente a lo expresado precedentemente, existen funcionarios que no ocupan cargos sino que se incorporan a la Administración con cargo a Partidas de Jornales y Contrataciones, como lo establece el art. 229 de la Constitución. Al no tener cargos asignados, dichos funcionarios no pueden entrar, por definición, dentro de la categoría de "presupuestados" razón por la cual se los llama "extra-presupuestados" o, más usualmente, "contratados".

Si bien ambas categorías –presupuestados y contratados– están comprendidas dentro del amplio concepto de funcionario público aceptado en nuestro país, existen diferencias específicas entre ellas, que pueden sistematizarse de la siguiente forma.

En primer lugar, mientras el funcionario presupuestado ingresa a la Administración en un cargo vacante previsto en las planillas de la ley presupuestal (art. 60 y concordantes), el funcionario contratado se incorpora con cargo a partidas para contrataciones (art. 229).

En segundo término, en tanto los funcionarios presupuestados son de carrera (con excepción de los de carácter político o de particular confianza estatuidos con los requisitos establecidos en el art. 60, inc. 4°), los funcionarios contratados están excluidos de la carrera administrativa, por lo que carecen, entre otros, del derecho al ascenso.

En tercer lugar, mientras que los funcionarios presupuestados pueden ser inamovibles o amovibles según estén amparados o no por las reglas especiales que para su destitución establece la propia Constitución, los funcionarios contratados son siempre amovibles.

Como consecuencia de lo expresado, en tanto los funcionarios presupuestados tienen derecho a la permanencia en el cargo, los contratados son funcionarios a término, por lo que sólo tienen derecho a la permanencia en el ejercicio de la función en tanto no se disponga la rescisión por razones de mejor servicio o por circunstancias imputables al cocontratante, o no se verifique la extinción del contrato por vencimiento del plazo pactado.

Por otra parte, la Constitución consagra un **contenido mínimo de todos los estatutos formales**.

Así, en primer lugar, de acuerdo al art. 58, se establece que "los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política. En los lugares y las horas de trabajo, queda prohibida toda actividad ajena a la función, reputándose ilícita la dirigida a fines de proselitismo de cual-

[70] Carlos E. DELPIAZZO. "Contratación y presupuestación de funcionarios públicos", en Estudios sobre el Presupuesto Nacional (C.G.N., Montevideo, 1986), tomo II, pág. 2 y sigtes.; y "Criterios sustentados por la Contaduría General de la Nación en materia de funcionarios públicos contratados", en Revista Uruguaya de Estudios Administrativos (Montevideo, 1978), Año II, N° 1, págs. 123 y sigtes.

quier especie. No podrán constituirse agrupaciones con fines proselitistas utilizándose las denominaciones de reparticiones públicas o invocándose el vínculo que la función determine entre sus integrantes"[71].

Un segundo principio emerge del acápite del art. 59, según el cual "la ley establecerá el Estatuto del Funcionario sobre la base fundamental de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario".

En tercer lugar, el art. 61 prevé la materia propia del estatuto a través del siguiente mandato contentivo de una enumeración no exhaustiva: "establecerá las condiciones de ingreso a la Administración, reglamentará el derecho a la permanencia en el cargo, al ascenso, al descanso semanal y al régimen de licencia anual y por enfermedad, las condiciones de la suspensión o del traslado; sus obligaciones funcionales y los recursos administrativos contra las resoluciones que los afecten, sin perjuicio de lo dispuesto en la Sección XVII" (que trata "De lo contencioso administrativo").

Por lo tanto, quedan excluidos de la materia estatutaria los aspectos concernientes a la estructuración interna de la Administración en lo que refiere a la composición y funcionamiento de sus órganos y las relaciones entre órganos y cargos, así como su ordenamiento en escalafones[72].

Es habitual que, entre los derechos de los funcionarios públicos, se incluya el derecho a la permanencia en el cargo, el cual consiste en continuar en él mientras duren las condiciones exigidas y a no ser removido sino por los procedimientos legales.

Ello significa que nuestro Derecho consagra un régimen de estabilidad funcional que no es absoluto. En consecuencia, se impone realizar algunas puntualizaciones.

En primer lugar, cabe destacar que la estabilidad no se adquiere por el solo acto de la designación sino que debe verificarse la exitosa extinción del provisoriato ya que, de acuerdo al art. 5° del decreto-ley N° 10.388, incorporado como art. 12 del TOFUP, "los que ingresen a la Administración pública, serán designados provisionalmente, pudiendo ser separados por decreto fundado, dentro del plazo de seis meses, por la autoridad que los nombró. Transcurrido el plazo anterior, el funcionario adquiere ipso jure derecho al empleo, quedando amparado por el estatuto que rige su función".

En segundo lugar, la Constitución distingue en los arts. 60 y 62 entre funcionarios inamovibles y amovibles, a los efectos de su destitución. Son inamovibles los funcionarios presupuestados de la Administración Central y de los Gobiernos Departamentales, los cuales sólo pueden ser destituidos por las causales de ineptitud, omisión o delito, debidamente comprobadas, y previa venia de la Cámara de Senadores o, en su receso, de la Comisión Permanente (art. 168, num. 10) o de la Junta Departamental respectiva, en su caso (art. 274, num. 5°). En cambio, son amovibles pudiendo ser destituidos por el órgano que los nombró, sin necesidad de comprobar determinadas causales, los funcionarios policiales y militares (art. 168, num. 14), los del Poder Judicial (art. 239, num. 7°), los demás que la ley declare tales (arts. 60 y 168, num. 14) y, tácitamente, al no disponer la Constitución norma alguna acerca de su destitución, los funcionarios de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.

[71] Carlos E. DELPIAZZO. "Etica no exercicio da funçao administrativa", en Rev. Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal (Curitiba, 2001), N° 5, pág. 420 y sigtes.

[72] Carlos E. DELPIAZZO. "Cargos y escalafones en la organización administrativa", en Anuario de Derecho Administrativo (Montevideo, 1994), tomo II, pág. 124 y sigtes.; y "La definición de escalafones es materia presupuestal y no estatutaria", en Rev. de Administración Pública Uruguaya (Montevideo, 1986), N° 2, pág. 35 y sigtes.

En tercer lugar, no debe olvidarse que los funcionarios contratados son normalmente a término, por lo que sólo tienen derecho a la permanencia en el ejercicio de la función en tanto no se verifique la extinción del contrato por vencimiento del plazo establecido, siempre que no medien circunstancias imputables al funcionario o de mejor servicio que determinen la finalización anticipada.

Finalmente, corresponde hacer una referencia al **régimen disciplinario** de los funcionarios públicos, entendido como el conjunto de normas y principios que regulan el poder y el procedimiento disciplinarios. Como tal, se integra en trilogía estrechísima, con el procedimiento, la infracción y la sanción disciplinarias, no debiendo perderse de vista su referencia ineludible al funcionario en cuanto hombre-persona que trabaja en desarrollo de sus potencias.

Sobre el particular, nuestro RPA regula en su Libro II los procedimientos administrativos especiales de la investigación administrativa y del sumario administrativo, cuyas previsiones aparecen incorporadas como Libro IX al TOFUP.

Conforme al art. 182 del RPA, "La investigación administrativa es el procedimiento tendiente a determinar o comprobar la existencia de actos o hechos irregulares o ilícitos dentro del servicio o que lo afecten directamente aún siendo extraños a é, y a la individualización de los responsables".

En cambio, según el art. 183 del RPA, "El sumario administrativo es el procedimiento tendiente a determinar o comprobar la responsabilidad de los funcionarios imputados de la comisión de falta administrativa y a su esclarecimiento".

XIII. URBANISMO, MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

El **ordenamiento urbanístico** constituye un cometido esencial a cargo de los Gobiernos Departamentales y, como tal, la llamada "policía de la edificación" participa de las siguientes características principales:

a) la Administración esta dotada de poderes jurídicos más intensos que cuando desempeña otros cometidos;

b) la violación de las normas respectivas o el incumplimiento de los deberes que imponen, motivan generalmente sanciones más severas; y

c) la posición de los particulares frente a la Administración es de mayor subordinación.

Para su desenvolvimiento, los Gobiernos Departamentales no sólo ejercitan la función legislativa a través de los decretos con valor y fuerza de leyes que dictan las Juntas Departamentales, sino que también desarrollan función administrativa. En el caso específico de la policía de la edificación, ella se manifiesta en el otorgamiento de permisos de construcción, inspecciones, habilitación de obras, y aplicación de sanciones.

Desde el punto de vista del Derecho positivo, numerosas disposiciones legales y emanadas de las Juntas Departamentales han ido perfilando el Derecho Urbanístico nacional[73].

[73] Ver: INTENDENCIA DE MONTEVIDEO. "Ordenar las Ciudades" (Montevideo, 1991), tomo II.

En tal sentido, interesa destacar la ley N° 1.816 de 8 de julio de 1885 que tempranamente estableció que "toda persona que haya de edificar, reedificar o refaccionar edificios, abrir puertas o ventanas al frente de ellos, alterar la forma o dimensiones de las existentes, cercar terrenos y construir o reformar veredas, deberá solicitar de las Juntas Económico Administrativas o de las Comisiones Auxiliares el permiso correspondiente" (art. 1°). Para ello estableció un conjunto de "reglas que deberán observarse" (arts. 11 a 29), incluyendo facultades inspectivas (art. 33) y consagrando importantes poderes de control, tales como "mandar suspender toda y cualquier obra por no ajustarse al proyecto aprobado" (art. 34) y aplicar multas en casos de infracción "sin perjuicio de dejar las obras en las condiciones prescriptas, demoliendo y reconstruyendo lo que fuere necesario" (art. 37).

Asimismo, corresponde citar el art. 35, num. 26 de la ley orgánica departamental (LOD) N° 9.515 de 28 de octubre de 1935, a cuyo tenor se faculta al Intendente a "Dictar reglas para la edificación en los centros urbanos, siendo de su cargo:

a) Ejercer las facultades que sobre la construcción de cercos y veredas acuerdan las leyes vigentes a las autoridades municipales; y

b) Intervenir especialmente en la construcción de las salas de espectáculos públicos, así como en las de las de casas de inquilinato, de apartamentos, y de todo edificio destinado a contener aglomeración de personas".

En lo que refiere a la **normativa de protección del medio ambiente**, procede mencionar en primer lugar la previsión introducida como art. 47 de la Constitución en oportunidad de la reforma de 1997, al tenor de la cual "La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones a los transgresores"[74].

En segundo lugar, cabe hacer referencia a la creación del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente (MVOTMA) por la ley N° 16.112 de 30 de mayo de 1990, cuyo art. 2° especifica que "El Poder Ejecutivo fijará las políticas nacionales de vivienda, ordenamiento territorial y medio ambiente".

A su vez, a dicho Ministerio se le encomendó la ejecución de la política nacional de medio ambiente y específicamente (art. 3°) los siguientes cometidos[75]:

a) la formulación, ejecución, supervisión y evaluación de los planes nacionales de desarrollo urbano, territorial y de defensa del ambiente y la instrumentación de las políticas nacionales en dichas materias;

b) la coordinación con los demás organismos públicos, nacionales y departamentales, en la ejecución de sus cometidos;

c) la celebración de convenios con personas públicas y privadas, nacionales o extranjeras, para el cumplimiento de sus cometidos; y

d) la relación con los organismos internacionales de su especialidad.

[74] Héctor GROS ESPIELL. "La protección del medio ambiente en el Derecho Constitucional", en A.A.V.V. "Reforma Constitucional 1997" (Universidad Católica, Montevideo, 1997), pág. 53 y sigtes.; y Marcelo J. COUSILLAS. "La protección constitucional del ambiente", en A.A.V.V. "Reflexiones sobre la reforma constitucional" (F.C.U., Montevideo, 1998), pág. 139 y sigtes.

[75] Marcelo J. COUSILLAS y Mariela E. CASTAÑO. "Fundamentos de Derecho Ambiental Uruguayo" (C.E.J.U., Montevideo, 1996), pág. 91 y sigtes.

En tercer lugar, en virtud de la ley N° 16.466 de 19 de enero de 1994 (art. 1°), se declara "de interés general y nacional la protección del medio ambiente contra cualquier tipo de depredación, destrucción o contaminación, así como la prevención del impacto ambiental negativo o nocivo y, en su caso, la recomposición del medio ambiente dañado por actividades humanas"[76].

Conforme a dicha ley, quedan sometidas a la realización previa de un estudio de impacto ambiental un conjunto de actividades, construcciones y obras, tanto públicas como privadas (art. 6°), entre las cuales se incluyen los puertos (lit. b). La reglamentación respectiva fue aprobada por el Decreto N° 435/994 de 21 de setiembre de 1994.

En cuarto lugar, desarrollando la norma del art. 47 de la Constitución, corresponde mencionar la ley N° 17.283 de 28 de noviembre de 2000, dictada con el objetivo de "establecer previsiones generales básicas atinentes a la política nacional ambiental y a la gestión ambiental coordinada con los distintos sectores públicos y privados" (art. 5°).

De acuerdo a dicha ley, se explicitan los principios de la política ambiental (art. 6°) y los instrumentos de gestión ambiental (art. 7°), estableciendo que "Corresponde al Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, la coordinación exclusiva de la gestión ambiental integrada del Estado y de las entidades públicas en general" (art. 8°).

La **normativa de ordenamiento territorial** en el ámbito nacional es reciente y se vincula a la regulación ambiental[77]. En tal sentido, corresponde reiterar la referencia a la ley N° 16.112, en cuanto atribuye al Poder Ejecutivo fijar "las políticas nacionales de vivienda, ordenamiento territorial y medio ambiente" (art. 2°), y comete al MVOTMA la "formulación, ejecución, supervisión y evaluación de los planes nacionales de desarrollo urbano y territorial y la instrumentación de la política nacional en la material" (art. 3°, num. 6)[78].

En el ámbito departamental, la normativa es de mayor antigüedad. En tal sentido, además de la ya citada LOD, la ley de centros poblados N° 10.723 de 21 de abril de 1946 (con las modificaciones introducidas por las leyes N° 10.866 de 25 de octubre de 1946 y N° 13.493 de 20 de julio de 1966) confiere a los Gobiernos Departamentales competencia en materia de ordenamiento territorial para autorizar la subdivisión de predios con destino a la formación de centros urbanos, así como aprobar el trazado y apertura de vías de tránsito.

XIV. BIENES PUBLICOS

Para desarrollar las actividades a su cargo, las diversas Administraciones públicas necesitan, además de personal, bienes y recursos.

En cuanto a los bienes, establece el art. 68 del TOCAF que "Integran el patrimonio del Estado (en sentido amplio) el derecho de dominio y los demás derechos reales sobre los bienes inmuebles, muebles y semovientes así como los derechos personales que, por institución expresa de la ley

[76] Marcelo J. COUSILLAS. "Evaluación del impacto ambiental" (I.E.E.M., Montevideo, 1994), pág. 81 y sigtes.

[77] Ricardo GOROSITO ZULUAGA. "Introducción al ordenamiento territorial como técnica de protección ambiental en el Derecho uruguayo" (A.M.F., Montevideo, 2001), pág. 7 y sigtes.

[78] Felipe ROTONDO TORNARIA. "Cuestiones jurídicas que plantea el ordenamiento territorial", en Estudios en memoria de Héctor Frugone Schiavone" (A.M.F., Montevideo, 2000), pág. 426 y sigtes.

o por haber sido adquiridos por sus organismos y entes, son de propiedad nacional en los términos de los arts. 477 y 478 del Código Civil"[79].

Al respecto, corresponde distinguir entre el dominio público y el dominio privado, tanto desde el punto de vista conceptual como positivo.

En orden a la **caracterización del dominio público**, el art. 477 del Código Civil establece en su inc. 1° que "Los bienes de propiedad nacional cuyo uso pertenece a todos los habitantes del Estado, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos del Estado".

Quiere decir que se consagra el criterio de la afectación al uso directo por los habitantes, lo que resulta confirmado por la enumeración que realiza el art. 478, a cuyo tenor son bienes nacionales de uso público:

a) las calles, plazas y caminos públicos;

b) los puertos, abras, ensenadas y costas del territorio oriental, en la extensión que determinen las leyes especiales;

c) los ríos o arroyos navegables o flotables en todo o parte de su curso;

d) las riberas de esos ríos o arroyos, en cuanto al uso que fuera indispensable para la navegación;

e) el agua corriente aún de los ríos no navegables o flotables, en cuanto al uso para las primeras necesidades de la vida, si hubiere camino que la haga accesible; y

f) los puentes, canales y demás obras públicas, construidas y conservadas a expensas de la Nación.

Dicha enumeración no es de carácter taxativo, según resulta del principio general del art. 477 y lo confirma el art. 479 cuando, luego de mencionar prácticamente a todos los bienes mencionados en el art. 478, alude en general a "todos los bienes nacionales de uso público".

De la referida normativa es posible inferir que, en nuestro Derecho positivo, integran el dominio público los bienes corporales o incorporales, muebles o inmuebles, pertenecientes a cualquier entidad estatal, destinados al uso público.

El **régimen jurídico de los bienes del dominio público** es consecuencial de su especial situación de destinación e indisponibilidad, que los hace:

a) inalienables;

b) imprescriptibles; y

c) inembargables.

En primer lugar, son inalienables porque su afectación al uso público de todos los habitantes los excluye del comercio, tal como lo confirma el art. 1668 del Código Civil, al que se remite el art. 477 ya citado. En virtud de su inalienabilidad, no pueden ser hipotecados ni gravados con derechos reales.

En segundo lugar, son imprescriptibles por iguales fundamentos, según resulta también de la remisión del mencionado art. 477 a los arts. 1193 y 1194 del Código Civil, el primero de los cuales declara imprescriptibles los bienes que no están en el comercio, mientras que el segundo reconoce que los bienes de propiedad privada del Estado son susceptibles de prescripción.

[79] Carlos E. DELPIAZZO. "Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera" cit., 4ª edición actualizada, pág. 47 y sigtes.

En tercer lugar, su ajenidad al comercio apareja su inembargabilidad, corroborada por el art. 381, num. 8° del Código General del Proceso (CGP) y por el art. 2363, num. 11 del Código Civil.

En cuanto a la utilización de los bienes del dominio público, corresponde distinguir entre su uso común (abierto a todos los habitantes sin determinación especial de destinatario) y las utilizaciones privativas (por personas determinadas, mediando concesión).

El uso común es, en principio, libre y gratuito, lo que no enerva la posibilidad de que se requieran ciertas formalidades (como autorizaciones) o pagos (como es el caso de los peajes o los parquímetros). El habitante se encuentra frente a los bienes del dominio público en una situación jurídica de derecho público perfecto respecto a su uso común.

Excepcionalmente, los bienes del dominio público pueden ser objeto de utilizaciones privativas siempre que, con ellas, no se altere sustancialmente su destinación al uso común. Según sus fines, las mismas pueden tener diversos objetivos, tales como facilitar actividades privadas (como la colocación de mesas de cafés en plazas), procurar un mejor uso de ciertos bienes conforme a su destino habitual (como la colocación de carpas y sombrillas en las playas), o posibilitar que el bien dominial cumpla cabalmente su fin (como los puestos de venta en mercados). El titular del uso privativo no tiene un derecho preexistente al mismo sino que su derecho deriva de la concesión por la Administración competente del uso del bien dominial de que se trate.

Respecto al origen y cese de la dominialidad, que enmarcan el régimen jurídico de Derecho público reseñado, conviene distinguir entre los bienes naturales y los artificiales.

El nacimiento de la dominialidad de los bienes naturales acaece por el solo hecho de su existencia siempre que estén destinados al uso público. En cambio, si se trata de bienes artificiales, su dominialidad surgirá de la ley que disponga su afectación al uso público o, no existiendo ley, del destino efectivo del mismo por acto expreso o implícito de la Administración.

A su vez, la extinción de la dominialidad de los bienes naturales depende de la ley, sin perjuicio de causas naturales. Respecto a los bienes artificiales, si la dominialidad fue establecida por ley, sólo por ley puede verificarse la desafectación. En cambio, no mediando ley en el origen, cabe concebir que la desafectación acaezca mediante acto administrativo.

Por otra parte, la **caracterización del dominio privado** de las entidades estatales resulta del inc. 2° del multicitado art. 477 del Código Civil, el cual dispone que "Los bienes de propiedad nacional cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes privados del Estado o bienes fiscales".

Añade el art. 481 del mismo Código Civil que también "Son bienes fiscales todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites del Estado, carecen de otro dueño". Igualmente, "Los bienes vacantes y los de las personas que mueren sin dejar herederos, pertenecen también al Fisco; y, en general, es propiedad fiscal todo lo que por leyes especiales está declarado serlo o se declare en adelante".

En cuanto al **régimen jurídico de los bienes del dominio privado** o fiscal de las entidades estatales, corresponde señalar que carecen de reglas generales aplicables uniformemente a todos ellos, en virtud de su heterogeneidad. Sin perjuicio de ello, es posible sistematizar los principales atributos que enmarcan su régimen jurídico diciendo que:

a) están regidos por leyes especiales;

b) su enajenación requiere ley;

c) son prescriptibles;

d) suelen ser inembargables; y
e) están excluidos de toda imposición.

En primer lugar, al tenor del art. 483 del Código Civil, "La administración y enajenación de los bienes fiscales se rigen por leyes especiales".

En segundo lugar, si bien los bienes del dominio privado no son inalienables, su enajenación requiere de una norma legal autorizante. Así lo dispone el art. 483 del Código Civil, en solución reiterada en el art. 37 de la ley orgánica departamental N° 9.515 de 28 de octubre de 1935 para los bienes de propiedad departamental, y en el art. 69 del TOCAF, con alcance general[80].

Es valor aceptado que las autorizaciones legales pueden ser de carácter específico (cuando refieren a un determinado bien) o de carácter genérico (cuando habilitan la enajenación de los inmuebles que se encuentren comprendidos en el supuesto previsto por la norma respectiva).

En tercer lugar, los bienes del dominio privado del Estado "están sujetos a prescripción conforme a lo dispuesto por en el Título respectivo del Libro Tercero" del Código Civil, según reza la parte final del art. 483 y lo ratifica el art. 1194 del mismo Código.

En cuarto lugar, puesto que los bienes privados o fiscales son enajenables y prescriptibles, parecería lógico admitir que pueden ser embargados para responder al pago de las obligaciones del ente público propietario de los mismos. Sin embargo, la ley suele establecer la inembargabilidad.

Así, de acuerdo al art. 2363, nums. 10 y 11 del Código Civil, "No son embargables:... Las contribuciones y rentas públicas, ya sean nacionales o municipales (y) Las propiedades públicas, sean nacionales o fiscales". A su vez, conforme a lo previsto en el art. 381, num. 8 del CGP, se establece más escuetamente que "No se trabará embargo en los siguientes bienes:... Las propiedades y rentas públicas y municipales".

A partir de que la embargabilidad es de principio y la inembargabilidad de excepción, queda excluida toda interpretación extensiva y se impone un criterio estricto para establecer el alcance de dichos textos legales, cuya fórmula no es universal y comprensiva de todos los bienes y derechos estatales, sino que se limita a "propiedades" y "rentas".

Consecuentemente, se ha sostenido que la expresión "propiedades" debe ser entendida en su sentido natural y obvio, que alude a inmuebles, en tanto que la expresión "rentas", interpretada en su contexto histórico, alude a los ingresos que las entidades estatales perciben por tributos u otros conceptos, por lo que debe inferirse que procede la embargabilidad de otros bienes y de créditos, tales como fondos en cuentas bancarias, vehículos o mobiliario.

En quinto lugar, sucesivas leyes han declarado con carácter más o menos amplio que los bienes del dominio privado de las entidades estatales están fuera de toda imposición nacional o departamental.

La inconstitucionalidad del decreto-ley N° 14.264 de 9 de setiembre de 1974 declarada por la Suprema Corte de Justicia frente a la potestad tributaria departamental, determinó el dictado del posterior art. 463 de la ley N° 16.226 de 29 de octubre de 1991, a cuyo tenor "Declárase que el Estado, los organismos comprendidos en el art. 220 de la Constitución y los Gobiernos Departamentales gozan de inmunidad impositiva, tanto nacional como departamental, por sus bienes y actividades no comerciales ni industriales", juzgado por la Suprema Corte de Justicia como ajustado a la Constitución.

[80] Carlos E. DELPIAZZO. "Contratación Administrativa" cit., pág. 91 y sigtes.

Más recientemente, en norma de discutida constitucionalidad, el art. 581 de la ley Nº 17.296 de 21 de febrero de 2001 dispuso: "Declárase que la inmunidad impositiva establecida por el art. 463 de la ley Nº 16.226 de 29 de octubre de 1991, no tendrá aplicación cuando la misma implique un trato discriminatorio para los bienes de producción nacional ofrecidos en plaza con respecto a los importados".

MONTEVIDEO, DICIEMBRE DE 2004.

PANORAMA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA (2004)*

ALLAN R.BREWER-CARÍAS
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

* Texto elaborado para el *Coloquio sobre Derecho Administrativo Iberoamericano,* organizado por el profesor Santiago González-Varas Ibáñez, Universidad de Alicante, Alicante, octubre 2004. Para su redacción se ha seguido el "guión" propuesto por el equipo coordinador.

I. MODELO REGULATIVO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, BASE CONSTITUCIONAL. CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y FUENTES.

La regulación fundamental sobre la Administración Pública en Venezuela está en la propia Constitución de 1999[1], en la cual, en el *Capítulo I* relativo a "De las disposiciones generales", del *Título IV* sobre "El Poder Público" de la Constitución, se incorporó una *Sección Segunda* relativa específicamente a "De la Administración Pública", con tres artículos: el 141, que establece los principios de la Administración Pública; el 142, sobre la creación de entidades descentralizadas; y el 143, que consagra el derecho a la información administrativa y de acceso a los documentos oficiales. Dichas normas, por supuesto, se aplican a todo el universo de órganos que conforman la Administración Pública, y no sólo a los que ejercen el Poder Ejecutivo.

En efecto, en Venezuela, conforme a la forma federal del Estado, conforman la Administración Pública, ante todo, los órganos de las personas jurídicas estatales que en tres niveles territoriales integran la Federación, es decir, de la República, de los Estados, de los Municipios y *que ejercen el Poder Ejecutivo*. Estos órganos son los que en general se identifican en el lenguaje jurídico común como "el Poder Ejecutivo", que comprende a la Presidencia de la República y a los Ministerios a nivel nacional (Ejecutivo Nacional), y a las Gobernaciones de los Estados en el nivel estadal (Ejecutivo Estadal) y a las Alcaldías Municipales (Ejecutivo Municipal) en el nivel municipal. Esos órganos conforman lo que se denomina en general, la "Administración Central". Pero también integran la Administración Pública, las entidades descentralizadas funcionalmente de las mencionadas personas estatales político-territoriales, que actúan siempre adscritas y bajo el control de tutela de los órganos que en los tres niveles territoriales ejercen el Poder Ejecutivo, sea que hayan sido constituidas mediante ley con forma jurídica de derecho público, como por ejemplo, los institutos autónomos, o con forma jurídica de derecho privado, como por ejemplo las empresas o fundaciones del Estado. Estos órganos conforman lo que se denomina en general, la "Administración Descentralizada".

Pero una descripción como la anterior de la Administración Pública en sentido orgánico, sin duda en Venezuela es insuficiente, pues hay otros órganos de las personas jurídicas estatales político-territoriales que si bien son parte de la Administración Pública, sin embargo no ejercen el Poder Ejecutivo. En consecuencia, si bien todos los órganos del Estado que ejercen el Poder Ejecutivo están integrados en la Administración Pública; sin embargo, no todos los órganos que

[1] Véase sobre el régimen constitucional relativo a la Administración Pública, Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 276 y ss.

conforman la Administración Pública ejercen el Poder Ejecutivo del Estado, pues hay órganos de la Administración Pública que no dependen jerárquicamente del Presidente de la República, de los Gobernadores ni de los Alcaldes, pues ejercen otros Poderes Públicos distintos del Poder Ejecutivo.

Concentrándonos en el nivel nacional del Estado, la Constitución (art. 136) ha establecido una *penta división* del Poder Público, dividiendo al Poder Público Nacional en las ramas Legislativa, Ejecutiva, Judicial, Ciudadano y Electoral, a cargo de órganos estatales autónomos e independientes entre sí. Por ello, además de aquéllos que ejercen el Poder Ejecutivo, los órganos estatales que ejercen el Poder Ciudadano (el Ministerio Público o Fiscalía General de la República, la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo) y el Poder Electoral (el Consejo Nacional Electoral y sus Juntas y Comisiones), si bien son autónomos e independientes del Poder Ejecutivo Nacional y de los otros Poderes Públicos, sin embargo, también son órganos que forman parte de la Administración Pública de la República, aún cuando no sean parte de la "Administración Central". Igualmente, también conforman a la Administración Pública de la República, los órganos de administración y gobierno del Poder Judicial dependientes del Tribunal Supremo de Justicia, en particular, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y sus diversas dependencias.

Ahora bien, para regular específicamente a la Administración Pública Central de la República (que ejerce el Poder Ejecutivo Nacional) y a la Administración Pública Descentralizada Nacional, se ha dictado Ley Orgánica de la Administración Pública[2]. Sus normas, sin embargo, también se aplican en general supletoriamente a las Administraciones Públicas estadales y municipales, y "a los demás órganos del Poder Público" (art. 1) distintos al Poder Ejecutivo.

Ahora bien, todo este complejo orgánico del Estado, que es la Administración Pública, la Constitución dispone que "está al servicio de los ciudadanos" (art. 141); lo que reitera el artículo 3° de la Ley Orgánica, en la cual se ha sustituido la expresión ciudadanos por "particulares", agregando que en su actuación, la Administración Pública debe dar preferencia a la atención de los requerimientos de la población y a la satisfacción de sus necesidades (art. 5).

Por su parte, el artículo 3 de la Ley Orgánica agrega que el "principal objetivo" de la organización y funcionamiento de la Administración Pública, es dar eficacia a los principios, valores y normas consagrados en la Constitución y, en especial, conforme se indica en el artículo 19 de la Constitución, "garantizar a todas las personas, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos". Por ello, el artículo 5 de la Ley Orgánica también precisa que la Administración Pública debe asegurar a los particulares la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella; y además, debe tener entre sus objetivos la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas fijadas y los recursos disponibles.

Pero adicionalmente a la connotación orgánica, en el derecho administrativo venezolano, la expresión Administración Pública también tiene un sentido material al identificar también unas *actividades* realizadas con vistas a satisfacer un interés general del Estado o de la sociedad, generalmente por los órganos que la integran.

[2] Véase sobre el régimen legal de la Administración Pública, Allan R. Brewer-Carías, "Introducción general al régimen jurídico de la Administración Pública" en Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 13 y ss.

Estas actividades se caracterizan ante todo, conforme al sistema de formación del derecho por grados que adopta la Constitución, porque son siempre de carácter sublegal, pues se trata de actividades realizadas en ejecución directa e inmediata de la legislación y sólo indirecta y mediata de la Constitución. Esta actividad administrativa, por otra parte, no sólo la cumplen los órganos de la Administración Pública en sentido orgánico antes identificados (órganos de las personas jurídicas estatales que ejercen el Poder Ejecutivo, el gobierno y administración del Poder Judicial, el Poder Ciudadano y el Poder Electoral); sino también otros órganos del Estado como los que ejercen el Poder Legislativo (la Asamblea Nacional, los Consejos Legislativos de los Estados y los Concejos Municipales), o el Poder Judicial (el Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República) cuando ejercen la función administrativa (por ejemplo, administran su cuerpo de funcionarios o entran en relación con los particulares) o la función normativa de carácter sublegal emitiendo, por ejemplo, actos reglamentarios. La actividad administrativa como objeto del derecho administrativo, por ello, está también esencialmente vinculada al ejercicio de las diversas funciones del Estado (normativa, de gobierno, administrativa, jurisdiccional y de control).

Además, la actividad administrativa que interesa al derecho administrativo muchas veces se realiza por particulares o por personas jurídicas de derecho privado e, incluso, de carácter no estatal, pero que en virtud de la expresa previsión de ley ejercen prerrogativas del Poder Público. Así sucede, por ejemplo, con ciertos actos de las Universidades privadas o de las Federaciones deportivas, como serían los actos sancionatorios, en esos casos regulados respectivamente en la Ley de Universidades o en la Ley del Deporte, y que son considerados como actos administrativos[3].

Finalmente, no toda la actividad que realizan algunos órganos que configuran la Administración Pública del Estado, como por ejemplo, la que realiza el Presidente de la República, constituye actividad administrativa, sino como se ha dicho sólo las actividades que sean de carácter sublegal. El Jefe del Ejecutivo Nacional y otros órganos del Estado, en efecto, además de realizar actividades en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución, ejercen actividades que son formal y sustancialmente distintas de la anterior, realizadas en ejecución directa e inmediata de la Constitución como son las actividades de gobierno[4]. Por ello, la actividad administrativa que interesa al derecho administrativo como antes se ha dicho, está esencialmente vinculada al sistema de formación del derecho por grados[5].

Por otra parte debe indicarse que si bien la Administración Pública, tanto en su connotación orgánica como en su sentido material, constituye el objeto por excelencia del derecho adminis-

[3] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial*, Instituto Nacional de Administración Pública, Alcalá de Henares, Madrid 1987, pp. 498 y ss.

[4] Véase Allan R. Brewer-Carías, *La justicia constitucional*, Tomo VI de *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1996, pp. 199-226; y "Comentarios sobre la doctrina del acto de gobierno, del acto político, del acto de Estado y de las cuestiones políticas como motivo de inmunidad jurisdiccional de los Estados en sus Tribunales nacionales", en *Revista de Derecho Público*, N° 26, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1986, pp. 65-68.

[5] Sobre el sistema jerarquizado o graduado del orden jurídico, creación de la denominada Escuela Vienesa, véase Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires 1981, p. 135 y ss; Adolf Merlk, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid 1935, pp. 7-62. Sobre dicho sistema en el constitucionalismo venezolano, véase Allan R. Brewer-Carías, *Evolución Histórica del Estado, Tomo VI de Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1996, pp. 107-117.

trativo, no todo el derecho que regula a la Administración Pública, es decir, a los órganos estatales que la conforman o a las actividades administrativas, es derecho administrativo. En otros términos, en el mundo del derecho no existen sujetos de derecho o actividades respecto de los cuales pueda decirse que exclusivamente se rigen por una sola rama del derecho. Así como no se puede decir que las sociedades anónimas sean sujetos de derecho que sólo se regulan por el Código de Comercio, pues también están sometidas al Código Civil, al Código Penal y a todas las leyes de derecho administrativo que por ejemplo regulan diversos sectores de la economía (bancos, seguros, mercado de capitales, etc.); en igual sentido, los órganos de la Administración Pública, además de estar sometidos al derecho administrativo, también están sometidos al derecho civil y al derecho mercantil, por ejemplo.

Por lo demás, esos sujetos de derecho o personas jurídicas estatales que interesan al derecho administrativo, no tienen una configuración uniforme pues pueden tener la forma de personas jurídicas de derecho público o la forma jurídica de personas jurídicas de derecho privado. Por ello, a los órganos de la Administración Pública, por tanto, si bien regidos por el derecho administrativo, sin embargo, en una forma u otra siempre se les interaplica de manera variable, tanto un régimen de derecho público como de derecho privado[6]. El derecho administrativo, por supuesto, tiene siempre una preponderancia en este régimen, pero el mismo no comprende la totalidad de las normas que se aplican a los órganos de la Administración Pública del Estado ni a la actividad administrativa del mismo. En otras palabras, la Administración Pública se rige por el derecho administrativo, aun cuando en forma no exclusiva ni excluyente.

En todo caso, de lo anterior resulta que por supuesto, la definición de la Administración Pública como objeto del derecho administrativo es esencial para la definición de esta rama del derecho, la cual consideramos que tiene que estar basada en la descripción de dicho objeto. Por ello, bien podría señalarse que el derecho administrativo es aquella rama del derecho público que regula los sujetos de derecho o personas jurídicas que conforman al Estado; la Administración Pública como complejo orgánico de esas personas jurídicas estatales, su organización y funcionamiento; el ejercicio de la función administrativa dentro de las funciones del Estado; la actividad administrativa, siempre de carácter sublegal, realizadas por los órganos de las personas jurídicas estatales en ejercicio de las funciones normativas o administrativas, o la realizada por los particulares a quienes la ley ha autorizado para ello, su régimen y control; y las relaciones jurídicas que se establecen entre las personas jurídicas estatales o las que desarrollan la actividad administrativas, y los administrados, que moldea las formas de la actividad administrativa.

Con una definición como esta, por supuesto, no cabe hacer intento alguno de adoptar un criterio único para definir el derecho administrativo[7]. No se trata por tanto, ni de una definición

[6] Véase Allan R. Brewer-Carías, "La interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del Derecho Administrativo" en *Las formas de la actividad administrativa. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, Caracas, 1996,* Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 1996, pp. 23 a 73.

[7] Véase Allan R. Brewer-Carías, "El concepto de derecho administrativo en Venezuela" en *Revista de Administración Pública*, N° 100-102, Vol. I, Madrid, enero-diciembre 1983, pp. 685-704, y en *Estudios de Derecho Administrativo,* Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1986, pp. 7-24. Con el título "Bases constitucionales del Derecho Administrativo en Venezuela" en *Revista de Derecho Público*, N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1983, pp. 5-20; y *El Derecho Público en Venezuela y Colombia, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. VII, 1984-1985, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1986, pp. 215-231.

orgánica, ni de una definición material, ni de una definición formal, pues no existe un criterio clave absoluto para definir el derecho administrativo ni su objeto: la Administración Pública. La definición debe elaborarse con la mezcla de los diversos criterios, lo que además responde al contenido heterogéneo y mutable de la actividad administrativa del Estado.

En cuanto a la jerarquía de las fuentes del derecho aplicable a la Administración, la Ley Orgánica de la Administración Pública expresa formalmente el principio de legalidad vinculándolo a la competencia, así:

Artículo 4º. La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a las leyes y a los actos administrativos de carácter normativo, dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático a las personas.

Se destaca de esta norma, como se dijo, tanto la indicación formal de la jerarquía de las fuentes del derecho: 1) la Constitución, 2) las leyes y 3) los actos administrativos normativos; como la referencia al principio teleológico de la sumisión a la ley, cuyo fin es la garantía y protección de las libertades públicas propias del régimen democrático. Las fuentes del derecho, además, para ser tales, deben haberse dictado formal y previamente a la actividad que se regule, lo que implica la proscripción de la retroactividad de la ley.

II. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA NACIONAL, ESTADAL Y MUNICIPAL

Como se ha dicho, dada la forma federal del Estado en Venezuela, hay tres niveles fundamentales de órganos que integran la Administración Pública, que ejercen el Poder Ejecutivo, por lo que se puede distinguir una Administración Pública Nacional cuyo Jefe es el Presidente de la República, una Administración Pública Estadal[8] cuyos Jefes, en cada uno de los 23 Estados de la Federación, son los Gobernadores; y un Administración Pública Municipal cuyos Jefes, en cada uno de los 338 Municipios del país, son los Alcaldes. Todos esos funcionarios son electos mediante sufragio universal, directo y secreto.

Como se dijo, la Constitución y la Ley Orgánica de la Administración Pública contienen principios que se aplican a la Administración Pública de todos los niveles territoriales; y en cuanto a las regulaciones específicas, las mismas se encuentran establecidas en las leyes nacional y estadales y en las Ordenanzas municipales que se dicten por los respectivos órganos titulares de la potestad organizativa. Estos son los que de acuerdo con el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP) pueden crear, modificar y suprimir dichos órganos. Por tanto, la titularidad de la potestad organizativa sólo puede ser asignada por la Constitución o la ley[9].

En cuanto a la Constitución, esta atribuye a la Asamblea Nacional potestad organizativa respecto de la Administración Pública Nacional (art. 187,9), así como respecto de otros órganos

[8] La palabra "estadal" es un venezolanismo jurídico, y se usa para identificar lo que concierne a los Estados.

[9] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana, cit.*, pp. 21 y ss.

del Poder Público Nacional como los del Poder Ciudadano (arts. 273, 290); y los del Poder Electoral (art. 292).

La Asamblea Nacional también tiene atribuida la titularidad de la potestad organizativa en materia de organización de los Municipios y demás entidades locales, con la obligación de establecer diferentes regímenes para dicha organización (art. 169).

La Constitución, por otra parte, en relación con la Administración Pública Nacional, estableció la reserva legal sólo en relación con la creación de los institutos autónomos (art. 142); pero en cuanto a la organización de la Administración Pública Nacional centralizada, asignó la potestad organizativa al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, "dentro de los principios y lineamientos" señalados en la Ley Orgánica (art. 236,20).

En efecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 236, ordinal 20 de la Constitución, corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros, fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos que señale la correspondiente ley orgánica.

Se varió, en esta forma, de manera sustancial, el sistema de la Constitución de 1961, que seguía la tradición constitucional iniciada desde el siglo XIX, y que rigidizaba la organización ministerial que sólo la ley podía determinar (art. 193).

En desarrollo de esta potestad organizativa de rango constitucional atribuida al Presidente de la República en Consejo de Ministros, el artículo 58 de la Ley Orgánica le atribuye la facultad para fijar, mediante decreto, "el número, denominación, competencia y organización de los ministerios y otros órganos de la Administración Pública Nacional, con base en parámetros de adaptabilidad de las estructuras administrativas a las políticas públicas que desarrolla el Poder Ejecutivo Nacional y en los principios de organización y funcionamiento establecidos en la presente ley".

Conforme a esta atribución, el Presidente de la República ha dictado numerosos decretos, el último de los cuales es el Decreto N° 2937 de 2004[10] sobre organización y funcionamiento de la Administración Pública Central, donde se regulan los Ministerios y se enumeran sus competencias. El Decreto establece, además, la estructura organizativa básica de cada Ministerio, integrada por el Despacho del Ministro y los Despachos de los Viceministros; estando estos últimos integrados en orden jerárquico descendente así: Direcciones Generales, Direcciones de línea y Divisiones (arts. 16 y 17).

Cada Ministerio, en todo caso, debe estar regulado internamente por un Reglamento Orgánico dictado por el Presidente en Consejo de Ministros, "previa propuesta del respectivo Ministro" (art. 18), en el cual se deben determinar la estructura y las funciones de los Viceministros y de las demás dependencias que integran cada Ministerio (art. 17).

Uno de los principios fundamentales de la organización administrativa es que los órganos de la Administración Pública debe estar jerárquicamente ordenados y relacionados de conformidad con la distribución vertical de atribuciones en niveles organizativos; estando los órganos de inferior jerarquía, sometidos a la dirección, supervisión y control de los órganos superiores de la Administración Pública con competencia en la materia respectiva (art. 28).

Como se dijo, la Ley Orgánica de la Administración Pública, básicamente regula la organización de la Administración Pública Nacional *ejecutiva* (art. 2), estableciendo en sus normas, la

[10] *Gaceta Oficial* N° 38024 de 16-09-04.

clasificación clásica general de la misma entre distinguiendo la Administración Pública Central del Poder Nacional (Título III) y de la Administración Pública Nacional Descentralizada funcionalmente (Capítulo II, Título IV).

En cuanto a la organización de la Administración Pública Nacional Central, el artículo 45 de la LOAP distingue dos tipos de *órganos superiores* de la misma: los órganos superiores de dirección y los órganos superiores de consulta, los cuales ejercen el Poder Ejecutivo en los términos del artículo 225 de la Constitución.

La Ley Orgánica enumera como órganos superiores de dirección de la Administración Pública Central a los siguientes: el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, el Consejo de Ministros, los Ministros y los Viceministros. En cuanto a los órganos superiores de consulta de la Administración Pública Central, el artículo 45 de la LOAP enumera los siguientes: la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa de la Nación, los gabinetes sectoriales y los gabinetes ministeriales, los cuales también ejercen el Poder Ejecutivo (art. 225 C).

Además de los principios relativos a la organización de la Administración Pública central nacional, la LOAP establece el régimen general de la organización de la administración pública descentralizada tanto nacional, como estadal y municipal; mediante la creación de personas jurídicas a las cuales se transfiere la titularidad de determinadas competencias y la responsabilidad de ejecutarlas (arts. 29 y 32 LOAP). Conforme a lo indicado en el artículo 29 de la LOAP, esta descentralización funcional puede realizarse mediante la creación de personas jurídicas con forma de derecho público o con forma de derecho[11]. Entre las primeras está la figura del instituto autónomo, el cual se define en el artículo 95 de la LOAP, como una persona jurídica de derecho público de naturaleza fundacional, creado por ley nacional, estadal u ordenanza municipal conforme a las disposiciones de esta Ley, dotado de patrimonio propio e independiente de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios, según sea el caso, con las competencias o actividades determinadas en la ley que lo cree[12].

Sin embargo, las formas jurídicas de derecho público estatales no se agotan en los institutos autónomos, pues también los establecimientos públicos corporativos, como las universidades nacionales y aquellas personas jurídicas de derecho público específicas, como el Banco Central de Venezuela (establecimientos públicos asociativos), son formas jurídicas de derecho público estatales para la descentralización funcional.

La creación de los institutos autónomos sólo puede realizarse mediante ley, conforme lo establece el artículo 142 de la Constitución, a cuyo efecto, el artículo 96 de la LOAP dispone lo que la ley nacional, estadal u ordenanza que cree un instituto autónomo debe contener.

En cuanto a las formas jurídicas de derecho privado de la Administración Pública descentralizada funcionalmente, la LOAP regula detalladamente a las sociedades mercantiles del Estado (empresas del Estado), a las fundaciones del Estado y a las asociaciones civiles del Estado; definiéndose a las empresas del Estado en el artículo 100 de la LOAP, como las sociedades mercantiles en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente regulados en la Ley Orgánica, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al 50% del capital social[13]. La Ley Orgánica, en

[11] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa... cit.*, pp. 115 y ss.

[12] Véase Jesús Caballero Ortiz, *Los Institutos Autónomos*, Caracas 1985.

consecuencia autoriza a la República, a los Estados, a los municipios, a los distritos metropolitanos, para constituir sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, incluso como únicos accionistas (art. 103).

A los efectos del control de tutela y de gestión, las entidades descentralizadas nacionales deben estar adscritas a los órganos de la administración pública central nacional, es decir, a los ministerios respectivos (Art. 115 LOAP).

III. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La actividad administrativa, ejercida o no por los órganos de las personas jurídicas estatales que conforman la Administración Pública, en todo caso, conforme al principio de legalidad, debe ejercerse por los órganos competentes, ciñéndose a lo establecido en la Constitución y en las leyes, y en particular, conforme al procedimiento legalmente establecido. Las actuaciones realizadas por órganos incompetentes, o sin observancia del procedimiento legalmente prescrito, por tanto, constituyen vías de hecho y vician los actos dictados de nulidad absoluta.

El principio de la legalidad, además, en la Constitución se erige como un principio en el cual se fundamenta la Administración Pública, definiéndoselo como "el sometimiento pleno a la ley y al derecho" (art. 141), y además, destacándose como una de las misiones fundamentales de los órganos del Poder Ciudadano, el velar por "la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado" (art. 274).

Ahora bien, uno de los principales signos formales del afianzamiento del principio de la legalidad, ha sido precisamente el sometimiento de la actuación de la Administración Pública a normas procedimientales que aseguren a los administrados un trato justo, basado en la buena fe y en la confianza legítima, mediante la previsión de un procedimiento formalmente regulado, en el cual se garantice el derecho a la defensa y, en general, el debido procedimiento administrativo. A tal efecto, Venezuela no ha escapado a la tendencia general que se puede observar en América Latina[14] siguiendo el modelo español de 1958[15], de la codificación del procedimiento administrativo; habiéndose sancionado en 1982, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos[16], cuyas disposiciones se han además complementado con las de la propia Ley Orgánica de La Administración Pública antes mencionada y de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de 1999[17]. Estas últimas dictadas para racionalizar las tramitaciones que realizan los particulares ante la Administración Pública; mejorar su eficiencia, pertinencia y utilidad, a fin de lograr mayor celeridad y funcionalidad en las mismas; reducir los gastos operativos; obtener ahorros presupuestarios; cubrir insuficiencias de carácter fiscal y mejorar las relaciones de la Administración Pública con los ciudadanos.

[13] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Régimen de las Empresas Públicas en Venezuela,* Caracas 1981.

[14] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del procedimiento Administrativo en América Latina*, Universidad del Rosario, Editorial Legis, Bogotá, 2003.

[15] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Procedimiento Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1990.

[16] Véase la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en *Gaceta Oficial* Nº 2818 *Extraordinaria* de 1-7-81. Véase además, en Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, 12 edición, Caracas 2001, pp. 175 y ss.; y Allan R. Brewer-Carías, *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1982.

Por otra parte, en cuanto a los principios del procedimiento administrativo, debe destacarse que es el artículo 141 de la Constitución, el que dispone que la Administración Pública 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"; principios que repite el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública al precisar que la actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en "los principios de economía, celeridad, simplicidad administrativa, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe y confianza". Asimismo, se dispone la Ley que dicha actividad se debe efectuar dentro de parámetros de racionalidad técnica y jurídica, lo que ya se configura como un límite a la discrecionalidad. Tales principios, con anterioridad también se habían definido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1982, en cuyo artículo 30 se enumeran los de "economía, eficacia, celeridad e imparcialidad". Este conjunto de principios expresados formalmente en la Constitución y las leyes, sin duda, constituyen un arsenal de instrumentos para la protección de los administrados frente a la Administración Pública que, sin duda, alimenta el ámbito del control que los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa puedan ejercer sobre la actividad administrativa.

Con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por tanto, se consolidó la formalización o juridificación del derecho administrativo, al positivizarse lo que anteriormente había venido construyendo la jurisprudencia, con gran esfuerzo y lentamente, sobre la base de identificar principios generales de la disciplina[18]. En esa forma, a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica se hizo más seguro la posibilidad del control judicial efectivo de la actividad de la Administración Pública, habiéndose erigido dicha Ley en la fuente del derecho administrativo formal más importante, con base en la cual la jurisprudencia ha continuado enriqueciendo nuestra disciplina, como fuente complementaria o accesoria.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, siguiendo la orientación de las leyes similares de América Latina, establece una regulación detallada de los actos administrativos, estableciendo el proceso de su formación, los requisitos de validez, de carácter formal y de orden sustantivo, en particular, la competencia y la motivación de los mismos, el principio de su irrevocabilidad cuando creen o declaren derechos a favor de particulares, los vicios de nulidad que pueden afectarlos, y que sin embargo permiten su revisión en cualquier momento, aún de oficio, y los recursos para su reconsideración o su revisión jerárquica.

IV. EL ACTO ADMINISTRATIVO, SU EJECUCIÓN, PRINCIPIO DE AUTOTUTELA, LOS RECURSOS EN VÍA ADMINISTRATIVA.

Como se ha dicho, una de las regulaciones medulares de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por supuesto, y siguiendo la orientación de todas las leyes similares dictadas en América Latina conforme al modelo de la Ley española de 1958, es la relativa a los actos administrativos, su formación, sus efectos, su ejecución y su control interno mediante los recursos

[17] Véase *Gaceta Oficial* Nº 36.845 de 7-12-99. Véase además en Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de Procedimiento Administrativos, cit.*, pp. 199 y ss.

[18] Véase por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del derecho administrativo y la Jurisprudencia venezolanas*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964.

administrativos[19]. En esta materia, las principales regulaciones de la Ley Orgánica se refieren a la previsión de un lapso para la adopción de las decisiones, lo que permite poder accionar contra la carencia administrativa; la regulación de los trámites procedimentales, garantizándose el derecho a la defensa (acceso al expediente; pruebas; notificaciones; recursos); los vicios de nulidad absoluta de los actos administrativos (vicios de orden público o de pleno derecho), como la incompetencia manifiesta, la ausencia absoluta y total de procedimiento, o los vicios en el objeto; y las regulaciones sobre la ejecución forzosa de los actos administrativos, mediante multas. En Venezuela, salvo mediante dichas multas pecuniarias, la Administración Pública no puede afectar el patrimonio de los administrados, sino acudiendo a la vía judicial.

Pero al igual que en la generalidad de los países iberoamericanos, el tema medular respecto de los actos administrativos, por supuesto, y particularmente a los efectos de asegurar su control judicial por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, es el de su definición, o más propiamente, el de su caracterización particularmente entre los diversos actos estatales.

Conforme al antes mencionado principio que tiene rango constitucional en Venezuela, de la formación del derecho por grados partiendo de la Constitución, puede decirse que toda la actividad administrativa es, ante todo, desde el punto de vista formal, una actividad que siempre es de carácter sublegal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la legislación (así las leyes reglamentarias correspondientes no se hayan dictado) y de ejecución indirecta y mediata de la Constitución. Por supuesto, también las actividades judiciales son siempre de carácter sublegal, siendo la diferencia entre una y otra de carácter orgánico, en el sentido que las actividades judiciales siempre las realizan órganos autónomos e independientes en ejecución de la función jurisdiccional, como lo son los órganos que ejercen el Poder Judicial.

Ahora bien, conforme a lo anteriormente expuesto, tanto desde el punto de vista formal como orgánico, esas actividades administrativas pueden distinguirse de las otras actividades estatales, en particular de las legislativas, de gobierno y judiciales.

En efecto, la actividad legislativa está conformada por los actos legislativos, que son las leyes (arts. 187,1 y 203) y los actos parlamentarios sin forma de ley (actos privativos e *interna corporis*) (art. 187). Las leyes, incluso, son formalmente definidas en la Constitución, como los actos sancionados por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador (Art. 203). También pueden considerarse como actos legislativos los decretos leyes o decretos con fuerza de ley, dictados por el Presidente de la República previa autorización por una ley habilitante (arts. 203; 236, 8). Todos estos actos legislativos son actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, incluso en los casos de los decretos ley; y su definición es tanto orgánica como formal: orgánica, pues se definen según el órgano que los dicta; y formal, por la graduación que tienen en el ordenamiento jurídico, de ser actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o de rango de ley.

Los actos del gobierno, por su parte, como se dijo, son los actos dictados por el Presidente de la República en ejercicio sólo de atribuciones constitucionales, y que por ello, no pueden estar regulados o limitados por la Asamblea Nacional mediante leyes. Es el caso, por ejemplo, del nombramiento del Vicepresidente Ejecutivo, de la concesión de indultos, de la convocatoria de la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias, y de la disolución de la Asamblea Nacional (Art. 236,3,9,19,21). Los actos de gobierno también son actos de ejecución directa e inmediata de la

[19] Véase Allan R. Brewer-Carías, *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 133. y ss.

Constitución, y su definición es tanto orgánica como formal: orgánica, pues se definen según el órgano que los dicta; y formal, por la graduación que tienen en el ordenamiento jurídico, de ser actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

Los actos judiciales y más propiamente, las sentencias, también se definen por el elemento orgánico y el formal: son actos que sólo pueden emanar de los Tribunales, y tienen unos efectos precisos de verdad legal definidos en el ordenamiento y derivados del valor de cosa juzgada. Se trata, siempre, de actos de carácter sublegal, es decir, dictados en ejecución directa e inmediata de la ley e indirecta y mediata de la Constitución.

En la definición de los actos legislativos, de gobierno y judiciales, por lo tanto, hay una identificación entre órgano y acto, además de criterios formales derivados de la formación del derecho por grados, y no necesariamente se definen según criterios materiales o derivados de la función que se ejerce al dictarlos. Por ejemplo, los actos legislativos pueden no tener contenido normativo; y pueden haberse dictado en ejercicio de funciones administrativas o de gobierno; y los actos de gobierno, pueden en cambio tener contenido normativo.

En cambio, en la definición de la actividad administrativa y, en particular, de los actos administrativos, los criterios anteriores no se pueden aplicar en forma lineal, pues estos no se pueden identificar ni orgánica ni funcionalmente: son dictados por los cinco grupos de órganos estatales que ejercen el Poder Público, y se pueden dictar en ejercicio de todas las funciones estatales. Así, tan acto administrativo es un reglamento dictado por cualquier órgano de la Administración Pública o por los Tribunales en ejercicio de la función normativa, como un acto de ejecución presupuestaria o de personal dictado por los órganos de la Administración Pública, los Tribunales o la Asamblea Nacional en ejercicio de la función administrativa; o un acto dictado por los órganos de la Administración Pública en ejercicio de la función jurisdiccional, al decidir una solicitud o un recurso administrativo.

La definición del acto administrativo, por tanto, en contraste con los otros actos estatales, requiere de una mezcla de criterios, dado el carácter heterogéneo de los mismos[20]: Se emplea el criterio orgánico, al identificar como actos administrativos los actos emanados de la Administración Pública como complejo orgánico en ejercicio de las funciones normativa, jurisdiccional o administrativa del Estado. Se utiliza el criterio material, al identificar como actos administrativos los actos dictados por los Tribunales en ejercicio de las funciones administrativa y normativa, los actos dictados por la Asamblea Nacional en ejercicio de funciones administrativas, e incluso, los dictados por entidades privadas autorizadas por ley en ejercicio de funciones normativas y administrativas; y en todo caso, conforme al criterio formal, siempre que se trate de actos de carácter sublegal, es decir, dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución.

En todo caso, respecto de los actos administrativos, rige el principio de la autotutela, en el sentido de que la Administración Pública puede revisar sus propios actos, corregir errores materiales e incluso revocarlos, siempre que no hayan creado o declarado derechos a favor de particulares. Los vicios de nulidad absoluta de los actos administrativos, taxativamente enumerados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (por ejemplo, incompetencia manifiesta, ausencia absoluta de procedimiento, vicio en el objeto, art. 85), sin embargo, pueden motivar su revisión en cualquier tiempo, incluso de oficio, garantizándose el debido procedimiento administrativo.

[20] Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, "El problema de la definición del derecho administrativo" en *Libro Homenaje al profesor Eloy Lares Martínez,* Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1984, pp. 25-78.

Además, los administrados pueden requerir el control de la legalidad y de la oportunidad de los mismos ante la propia Administración Pública mediante el ejercicio de los recursos administrativos tradicionales, es decir, del recurso jerárquico (o de apelación ante el superior jerárquico), del recurso de reconsideración (que se ejerce ante la misma autoridad que dictó el acto) y del recurso de revisión (ante el superior jerárquico por hechos sobrevenidos) regulados todos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Estos recursos administrativos permiten a los interesados exigir el control de la legalidad de los actos dentro de la propia Administración, además de que les permite exigir un control y revisión de la oportunidad de los actos cuestionados. Es decir, en el ámbito administrativo puede decirse que además de la garantía de la legalidad, existe la garantía del control de la oportunidad o inoportunidad de una actuación administrativa.

Por último, en relación con los actos administrativos, además de aquéllos con efectos particulares, están los que tienen efectos generales, es decir, contenido normativo. Entre estos últimos, están los Reglamentos que en Venezuela son actos administrativos.

En relación con los reglamentos rige, por supuesto, el principio de la reserva legal establecido en la Constitución, como consecuencia de l cual, el artículo 87 de la LOAP dispone que los reglamentos no pueden regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango; además, sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, los reglamentos no pueden tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público.

Además, conforme al artículo 88 de la LOAP, la elaboración de los reglamentos de leyes debe ajustarse obligatoriamente al siguiente procedimiento:

1. La iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se debe llevar a cabo por el ministerio competente según la materia, mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se debe acompañar un informe técnico y un informe sobre su impacto o incidencia presupuestaria.

2. A lo largo del proceso de elaboración se debe recabar, además de los informes, los dictámenes correspondientes y cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar la eficacia y la legalidad del texto.

3. Elaborado el texto se debe someter a consulta pública para garantizar el derecho de participación de las personas, de conformidad con lo dispuesto en el Título VI de la LOAP. Durante el proceso de consulta las personas, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones que los agrupen o representen, pueden presentar observaciones y propuestas sobre el contenido del reglamento las cuales deben ser analizadas por el ministerio encargado de la elaboración y coordinación del reglamento.

4. Aprobado el reglamento por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, entrará en vigencia con su publicación en la Gaceta Oficial de la República, salvo que el mismo disponga otra cosa.

V. LOS CONTRATOS DEL ESTADO Y EL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

En materia de contratos del Estado, en la Constitución de 1999, como en tantas otras materias, puede decirse que se ha consolidado un importante proceso de constitucionalización del

derecho administrativo[21], mediante el desarrollo normativo de la institución, en el propio texto constitucional. En dicho texto, en efecto, en relación con lo que se ha he denominado "contratos de la Administración", se regulan los contratos celebrados por las personas jurídicas *estatales*; denominándolos como "contratos de interés público", expresión equivalente en general a la de contratos de la Administración, contratos del Estado o contratos estatales[22].

En efecto, en la sección cuarta relativa a "De los contratos de interés público" del Capítulo I "Disposiciones fundamentales" del Título IV "Del Poder Público" de la Constitución, se regula el régimen de los contratos de interés público, denominación genérica que comprende tres especies: contratos de interés público *nacional*, contratos de interés público *estadal* y contratos de interés público *municipal* (art. 150), los cuales son los suscritos, respectivamente, por los tres órdenes de personas jurídicas estatales mencionadas (república, Estados y Municipios), las cuales, en general, ejercen el Poder Público en sus tres niveles territoriales, respectivamente.

En consecuencia, todos los contratos tanto de interés nacional, como de interés estadal o municipal, son, por supuesto, contratos de "interés público" (artículo 150, 151) en el mismo sentido que la noción de Poder Público (Título IV de la Constitución) comprende al Poder Nacional, a los Poderes de los Estados y al Poder Municipal[23].

En consecuencia un contrato de interés público nacional, es aquél que interesa al ámbito nacional (en contraposición al ámbito estadal o municipal), porque ha sido celebrado por una persona jurídica estatal nacional, de derecho público (la República o un instituto autónomo) o de derecho privado (empresa del Estado). Por tanto, no serán contratos de interés público *nacional* aquéllos que son de interés público estadal o municipal, celebrados por personas jurídicas estatales de los Estados o de los Municipios, incluyendo los institutos autónomos y empresas del Estado de esas entidades político-territoriales[24].

La noción de "contrato administrativo", en cambio, no tiene rango constitucional en Venezuela y legalmente sólo se ha utilizado en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia a los efectos de atribuir competencia a la Sala Político Administrativa para conocer de las controversias relativas a los mismos. En ausencia de una ley general sobre contratos del Estado o sobre contratos administrativos, ello ha originado, por supuesto, una intensa actividad jurisprudencial y doctrinal tendiente a identificar dichos contratos administrativos, los cuales en definitiva se han enmarcado por su objeto vinculado a la prestación de un servicio público o a las obras públicas o por la inclusión en los mismos de las llamadas cláusulas exorbitantes del derecho común.

El problema central, en esta materia para la determinación de qué ha de entenderse por contrato administrativo, ha girado en torno a la distinción entre contratos administrativos y contratos

[21] Véase Allan R. Brewer-Carías, "Algunos aspectos del proceso de constitucionalización del Derecho administrativo en Venezuela", en *V Jornadas internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías, Los requisitos y vicios de los actos administrativos,* FUNEDA, Caracas, 2000, pp. 21 a 37.

[22] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pp. 28 y ss.

[23] Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Poder Público: Nacional, Estadal y Municipal,* Tomo II, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad católica del Táchira, Editorial Jurídica venezolana, Caracas-San Cristóbal, *1996,* pp. 11 y ss.

[24] Véase en general, Jesús Caballero Ortiz, "Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999", en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela,* Volumen I, Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 139-154; Allan R. Brewer-Carías, "Los contratos de interés público nacional y su aprobación legislativa" en *Revista de Derecho Público,* Nº 11, Caracas, 1982, pp. 40 a 54; Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos,* Caracas, 1992, pp. 28 a 36; Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea nacional Constituyente),* Tomo II, *op. cit.,* p. 173.

de derecho privado de la Administración; la cual si bien parecía haberse superado definitivamente en Venezuela, fue revivida por la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 al atribuir expresa y exclusivamente a la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (Art. 42, Ord. 14) la competencia referida en materia de "contratos administrativos".

A pesar de dicha norma y de su equivalente en la actual Ley Orgánica (Art. 5, párrafo 1°,25), sin embargo, estimamos que la distinción no tiene sustantividad firme, ya que no hay ni puede haber contratos de derecho privado de la Administración, regidos exclusivamente por el derecho privado, que excluyan el conocimiento de los mismos a la jurisdicción contencioso-administrativa[25]. En realidad, todos los contratos que celebre la Administración están sometidos en una forma u otra al derecho público y a todos se les aplica también el derecho privado, teniendo según su objeto, un régimen preponderante de derecho público o de derecho privado[26]; por lo que la distinción no tiene fundamento alguno, y menos cuando en Venezuela no hay dualidad de jurisdicciones (judicial y administrativa) que en Francia ha sido el verdadero sustento de la distinción[27]. Así como no puede haber acto unilateral dictado por los funcionarios públicos que no sea un acto administrativo, tampoco existen contratos celebrados por la Administración que no estén sometidos en alguna forma al derecho público, por lo que la terminología empleada en el artículo 42, ordinal 14, de la derogada Ley Orgánica, y ahora del artículo 5, 25 de la Ley Orgánica de 2004, en realidad, a lo que ha conducido es a confusiones, contradicciones y dilaciones. Por lo pronto, no hay demanda que se intente en relación a contratos celebrados por la Administración en la cual no se plantee el problema de la competencia: si la demanda se intenta ante la jurisdicción ordinaria, se alegará la naturaleza administrativa del contrato; en cambio, si se intenta ante el Tribunal Supremo de Justicia, se alegará el carácter de "derecho privado" del contrato.

Por otra parte, en la determinación de cuándo se está en presencia de un contrato administrativo o no, dependerá en mucho del interés circunstancial de la Administración, pues además de que todo contrato que celebre tienen algún interés público envuelto o se celebra vinculado a un servicio público, las llamadas cláusulas exorbitantes del derecho común que caracterizan a los contratos administrativos, no necesitan estar expresas en el texto del contrato, sino que son inherentes a las potestades de la Administración y se presumen en el mismo. Dependerá, por tanto, del recurso que haga la Administración en un momento dado a estas cláusulas (por ejemplo, para rescindir el contrato), para que el contrato se califique o no de administrativo, lo que hace insegura la distinción. De allí, incluso las dudas y variaciones jurisprudenciales, particularmente con relación a contratos municipales de compra-venta de inmuebles municipales, que

[25] Véase Allan R.Brewer-Carías, "La evolución del concepto de contrato administrativo" en *El Derecho Administrativo en América Latina, Curso Internacional,* Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1978, pp. 143-167; *Jurisprudencia Argentina*, N° 5.076, Buenos Aires, 13-12-1978, pp. 1-12; *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 41-69; y Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Administrativo,* Bogotá, 1986, pp. 61-90; y "Evoluçao do conceito do contrato administrativo" in *Revista de Direito Publico* N° 51-52, Sao Paulo, julio-diciembre 1979, pp. 5-19.

[26] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Caracas, 1992, pp. 46 y ss.; y "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*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, pp. 59 y ss.

[27] Véase Jesús Caballero Ortíz, "Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* Tomo II, Instituto de Derecho Público, UCV, Editorial Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 1773 y ss.

llevó a la antigua Corte Suprema a considerarlos algunas veces como contratos administrativos[28] y otras veces como contratos de derecho privado[29].

En todo caso, la Constitución establece un conjunto de regulaciones relativas a todos los contratos del Estado, y que por supuesto se aplican a los llamados contratos administrativos. En cuanto a las incompatibilidades o prohibiciones, como se ha señalado, la Constitución establece una prohibición general a los funcionarios públicos, más genéricamente, a quienes estén al servicio de los órganos de las personas estatales, de celebrar contrato alguno con ellas (art. 145). Además, el artículo 190 de la Constitución prohíbe a los diputados a la Asamblea Nacional ser propietarios, administradores o directores de empresas que contraten con personas jurídicas estatales.

Por otra parte, la Constitución de 1999 regula en algunas normas especificas la posibilidad de contratos de interés público inter-gubernamentales o interadministrativos, es decir, celebrados ente personas jurídicas estatales. Los primeros serían aquéllos que se celebran entre la República y los Estados o Municipios, o entre éstos, y que, por lo general, derivan de los procesos de descentralización política y, en particular, de transferencia de competencias entre los entes territoriales.

En efecto, el artículo 157 de la Constitución establece que la Asamblea Nacional, por mayoría de sus integrantes, puede atribuir a los Municipios o a los Estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización. Con fundamento en una norma similar que estaba en la Constitución de 1961, en 1989 se dictó la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público[30], en la cual se regularon los contratos inter-gubernamentales que se debían celebrar entre la República y los Estados, precisamente, para el desarrollo de procesos de transferencia de competencias nacionales hacia los Estados y de asunción por éstos de las mismas.

La Constitución de 1999 regula, ahora, además, la posibilidad de que los Estados descentralicen y transfieran los servicios y competencias que gestionen a los Municipios, siempre que los mismos estén en capacidad de prestarlos, así como la administración de los respectivos recursos dentro de las áreas de competencias concurrentes entre ambos niveles territoriales del Poder Público (art. 165). Ello también puede dar origen a contratos intergubernamentales de orden local para materializar las transferencias y regular la gestión de las mismas.

Además, entre estos contratos de interés público intergubernamentales están los acuerdos de mancomunidad municipal, mediante los cuales los Municipios se pueden asociar para la realización de una actividad en común (art. 170). También están los contratos de interés público interterritoriales, es decir, aquéllos suscritos por los Municipios entre sí o entre la República y los Municipios o los Estados y los Municipios para fines de interés público. En tal sentido, el artículo 170 de la Constitución establece que los Municipios pueden "acordar entre sí o con los demás entes públicos territoriales, la creación de modalidades asociativas inter-gubernamentales para fines de interés público relativos a materias de su competencia". De ello deriva la posibilidad de contratos de interés público de carácter asociativo, Inter-gubernamentales.

[28] Sentencia de 11-08-83, *Revista de Derecho Público*, Nº 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983, p. 164.

[29] Sentencia de 26-06-80, *Revista de Derecho Público*, Nº 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, p. 146.

[30] Véase en *Gaceta Oficial* Extra. Nº 4.153 de 28-12-1989. Véase además, en Allan R. Brewer-Carías et al, *Leyes y Reglamentos para la descentralización política de la Federación*, Colección Textos Legislativos, Nº 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1990.

Debe señalarse, por último, en relación con estos contratos intergubernamentales e interadministrativos, que la Constitución regula la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de controversias derivadas de la ejecución de los mismos, así como las controversias administrativas que se susciten entre la República, algún Estado, Municipio u otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades, como las que pueden resultar de un contrato intergubernamental. Estas controversias deben ser resueltas por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa (art. 266,4). La Constitución, además, autoriza al legislador para atribuir la competencia jurisdiccional para resolver las controversias administrativas cuando se trate de controversias entre Municipios de un mismo Estado, a otros tribunales, por supuesto, de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 259).

Otro específico de la constitucionalización del régimen de los contratos estatales se refiere al régimen del dominio público y de los servicios públicos, en el sentido de que la propia Constitución prevé el régimen de concesiones para la explotación de los bienes que sean "recursos naturales propiedad de la Nación", las cuales pueden ser otorgadas con exclusividad o sin ella, por tiempo determinado, y asegurando, siempre, la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público" (art. 113). En cuanto a las concesiones mineras, en particular, se dispone en el artículo 156,16 de la Constitución que "el Ejecutivo Nacional no podrá otorgar concesiones mineras por tiempo indefinido"[31]. Todas estas concesiones, por supuesto, son contratos estatales. Por lo que se refiere a los servicios públicos, en los casos en los que se los regula de manera de permitir la actuación de los particulares sólo mediante concesión, como sucede en los casos de servicios públicos municipales o domiciliarios, rige el mismo principio constitucional antes indicado relativo a las concesiones establecido en el artículo 113.

La Constitución regula, además, otros contratos de interés público estadal y municipal al establecer los principios para que los Estados y los Municipios descentralicen y transfieran "a las comunidades y grupos vecinales organizados" los servicios que éstos gestionen, previa demostración de su capacidad para prestarlo (art. 184). A tal efecto, los Estados y Municipios deben promover la transferencia de servicios en materia de salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, ambiente, mantenimiento de áreas industriales, mantenimiento y conservación de áreas urbanas, prevención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos. En todos estos casos, para lograr esos objetivos los Estados y Municipios pueden establecer convenios, es decir, celebrar contratos de interés público estadal o municipal con las comunidades y grupos vecinales organizados, cuyos contenidos deben estar orientados por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación y corresponsabilidad (art. 184,1).

Por otra parte, siguiendo la orientación de la Constitución de 1961, la Constitución de 1999 ha establecido la incorporación obligatoria y tácita en todos los contratos de interés público, de una serie de cláusulas, entre las cuales destacan las de inmunidad de jurisdicción y la llamada cláusula "Calvo"; y a ciertos de ellos, una cláusula de protección ambiental. Además, regula las cláusulas de temporalidad en las concesiones administrativas de explotación de recursos naturales, de servicios públicos y de carácter minero.

[31] Véase Allan R. Brewer-Carías, "Prologo" sobre "El régimen constitucional aplicable a las concesiones de obras y servicios públicos", en Alfredo Romero Mendoza et al., *Régimen Legal de las Concesiones Públicas,* Caracas 2000, pp. 9 a 16.

En cuanto a la cláusula de inmunidad de jurisdicción, el artículo 151 de la Constitución establece que:

En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviera expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes...

Se trata, realmente, de una cláusula obligatoria en el sentido de que todo contrato que suscriba una persona jurídica estatal en los tres niveles territoriales del Poder Público e, incluso, en los niveles de descentralización funcional, deben contener esta cláusula cuyo objeto es, primero, asegurar que la interpretación, aplicación y ejecución de esos contratos debe someterse a la ley venezolana; y segundo, que las controversias y dudas que de ellos surjan deben también someterse al conocimiento de los tribunales venezolanos[32]. Sin embargo, al citado artículo 151 de la Constitución de 1999, el régimen de la inmunidad jurisdiccional previsto se aparta del carácter absoluto tradicional que tenía en el siglo XIX, establecido originalmente en la Constitución de 1892 (art. 147), y encaja dentro de la llamada "inmunidad relativa de jurisdicción". Por ello, la norma prescribe que la cláusula debe estar presente en todos los contratos de la Administración "si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos", lo que convierte la cláusula en una de inmunidad relativa de jurisdicción[33]. Esta relatividad de la inmunidad de jurisdicción deriva, en todo caso, de la naturaleza de la actividad del Estado regulada en el contrato, más que en su finalidad, que siempre es pública, admitiéndose la excepción al principio de la inmunidad basada en el carácter comercial de las actividades que realice un Estado, sobre todo en el ámbito de las contrataciones internacionales.

Por supuesto, para la determinación de la naturaleza de los contratos no se pueden dar fórmulas universales. Por ejemplo, se han planteado discusiones sobre la naturaleza de tales contratos en materia de empréstitos públicos, tanto en el derecho financiero como en el derecho internacional. En todo caso, utilizando la vieja distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, nadie podría afirmar que un contrato de empréstito público no sea un acto de autoridad ni un contrato de interés público. Por ello, dicho criterio no puede utilizarse para determinar la relatividad de la inmunidad de jurisdicción, pues la solución al problema no se puede basar en la consideración de si el Estado suscribe el contrato haciendo uso de su soberanía o de sus poderes públicos, o si son o no contratos de la Administración; sino en la naturaleza de las operaciones. En el caso de los empréstitos, sin duda, el juez llamado a conocer de un problema judicial en relación a ellos, debe conocer, en realidad, de cuestiones mercantiles y comerciales. Por eso, y con base en la excepción prevista en la Constitución, los contratos de empréstito no contienen las cláusulas de inmunidad de jurisdicción y, por tanto, están sometidos en su ejecución, la cual, además, en general, se produce fuera del país, a las leyes y tribunales donde se realiza la operación e, incluso, a tribunales arbítrales.

La segunda cláusula de carácter obligatorio, de rango constitucional regulada en el artículo 151 de la Constitución, reprodujo exactamente el texto del artículo 127 de la Constitución de

[32] Véase en general, Beatrice Sansó de Ramírez, "La inmunidad de jurisdicción en el Artículo 151 de la Constitución de 1999", en *Libro Homenaje a Enrique Tejera París, Temas sobre la Constitución de 1999,* Centro de Investigaciones Jurídicas (CEIN), Caracas, 2001, pp. 333 a 368.

[33] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos, cit.,* pp. 130 a 137.

1961, y es la llamada cláusula "Calvo", que implica que en los contratos de interés público también se debe considerar incorporada una cláusula que establece que por "ningún motivo" ni causa, la ejecución de los mismos "puede dar origen a reclamaciones extranjeras"[34]. El origen de esta cláusula se remonta a la Constitución de 1893 en la cual, al regularse los contratos de interés público, se señaló que los mismos en ningún caso podían ser motivo de reclamaciones internacionales. Esta cláusula establece, por tanto, la improcedencia de reclamaciones diplomáticas de Estados extranjeros contra el Estado venezolano, actuando aquellos Estados por cuenta de súbditos extranjeros, y parte del supuesto de que los extranjeros en el territorio del Estado venezolano se hallan en las mismas condiciones que los nacionales, por lo que si tienen alguna reclamación que formular cuando se puedan considerar lesionados, deben acudir únicamente a los tribunales nacionales. El objeto de la cláusula, en definitiva, es impedir que las divergencias que puedan surgir entre partes en un contrato estatal, en el cual una parte fuera un ciudadano extranjero, pudieran ser consideradas como de naturaleza internacional.

Con relación a las concesiones administrativas, como contratos estatales, también puede identificarse en el ordenamiento constitucional venezolano, otra cláusula de carácter obligatorio y que tiene su fundamento en el citado artículo 113 de la Constitución, que regula las concesiones para la explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o para la prestación de servicios de naturaleza pública, las cuales sólo pueden otorgarse "por tiempo determinado". En el mismo sentido, el artículo 156,16 de la Constitución prohíbe el otorgamiento de "concesiones mineras por tiempo indefinido". Es evidente, por tanto, de acuerdo con estas normas, la posibilidad de que el Estado otorgue con carácter de exclusividad, concesiones para la explotación de bienes públicos o la prestación de servicios públicos por tiempo limitado. La temporalidad, así, puede considerarse como una característica de todas las concesiones por lo que las leyes especiales que las regulan prevén, en general, lapsos variables, pero siempre precisos, de duración de las mismas.

En este sentido, por ejemplo, las concesiones de servicios públicos municipales, de acuerdo al artículo 41, ordinal 1° de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, sólo pueden tener un plazo máximo de 20 años; las concesiones de ferrocarrileras reguladas en la Ley de Sistema de Transporte Ferroviario Nacional[35], deben tener una duración máxima de 40 años; las concesiones para la explotación de productos forestales reguladas en la Ley Forestal de Suelos y Aguas, conforme al artículo 68, deben tener una duración máxima de 50 años; y asimismo, las concesiones de obras y servicios públicos previstas en la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones, de acuerdo al artículo 16, deben tener una duración máxima de 50 años. Por último, en cuanto a las concesiones para el aprovechamiento de aguas, de acuerdo a la Ley Forestal de Suelos y de Aguas, artículo 92, la duración de las mismas debe ser de 60 años máximo.

Por otra parte, el artículo 129 de la Constitución exige la inclusión en los contratos que celebre la República (contratos de interés público nacional celebrados por la República), de una cláusula de protección ambiental[36] en los siguientes términos:

[34] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos, cit.*, pp. 137 y ss.

[35] Decreto-Ley N° 1.445, *Gaceta Oficial* N° 37.313 de 30-10-2001.

[36] Véase, en general, Alberto Blanco-Uribe Quintero, "La tutela ambiental como derecho-deber del Constituyente. Base constitucional y principios rectores del derecho ambiental", en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 6 (enero-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2002, pp. 31-64.

En los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que afecten los recursos naturales, se considerará incluida aún cuando no estuviere expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en lo términos que fije la ley.

Se debe destacar de esta norma, que se trata de una cláusula de protección ambiental constitucionalmente obligatoria sólo respecto de los contratos de interés público *nacional*, que celebre la República. En consecuencia, puede considerarse que no es obligatoria en los contratos de interés público estadal ni municipal, que celebren, por ejemplo, los Estados y Municipios; así como tampoco sería constitucionalmente obligatoria en los contratos de interés público nacional que celebren otras personas jurídicas estatales distintas a la República, como los institutos autónomos o empresas del Estado nacionales.

En cuanto a la aprobación legislativa de los contratos de interés público nacional, la Constitución de 1999, a propuesta nuestra[37], cambió radicalmente la previsión del artículo 126 de la Constitución de 1961, que materialmente sometía *todos* los contratos de interés público nacional a la aprobación legislativa, salvo las excepciones (contratos normales en el desarrollo de la Administración Pública y aquellos para los cuales la ley no establecía la aprobación legislativa) que terminaron convirtiéndose en la regla. Por ello, el artículo 150 de la Constitución de 1999, siguiendo la orientación mencionada de la práctica legislativa e interpretativa, ahora se limita a señalar que "la celebración de los contratos de interés público nacional requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional sólo *en los casos que determine la ley*". En consecuencia, sólo cuando mediante ley se determine expresamente que un contrato de interés público nacional debe someterse a la aprobación de la Asamblea, ello se convierte en un requisito de eficacia del contrato (art. 182,9).

Sin embargo, la Constitución exige la aprobación obligatoria por parte de la Asamblea Nacional, (art. 150; 187,9) solo respecto de los contratos de interés público (no sólo nacional, sino estadal o municipal) que se celebren con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, así como respecto de los traspasos de esos contratos a dichas entidades.

VI. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

La más importante de las garantías constitucionales, además del acceso a la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva, es que la justicia se imparta de acuerdo con las normas establecidas en la Constitución y las leyes, es decir, en el curso de un debido proceso, cuyos principios conforme se establece expresamente en la misma Constitución, se aplican no sólo en las actuaciones judiciales sino administrativas. Ello tiene, en consecuencia, una importante repercusión en relación con la potestad sancionadora de la Administración, la cual necesariamente está sometida a las garantías del debido proceso.

[37] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea nacional Constituyente)*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 175 a 177.

Estas garantías al debido proceso[38], además, se han regulado detalladamente en el artículo 49, y han sido analizadas extensamente por el Tribunal Supremo de Justicia, calificándoselas como una "garantía suprema dentro de un Estado de Derecho"[39], de manera que "cualquiera sea la vía escogida para la defensa de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva"[40].

En particular, en relación con el procedimiento sancionatorio, la jurisprudencia ha precisado las siguientes garantías derivadas del debido proceso: el derecho a que la decisión se adopte por el órgano competente (en materia judicial, el Juez natural: numeral 4 del artículo 49); el derecho a la presunción de inocencia (numeral 2 del artículo 49); el derecho a la defensa y a ser informado de los cargos formulados (numeral 1 del artículo 49); el derecho a ser oído (numeral 3 del artículo 49); el derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas (numeral 8 del artículo 49); el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (numeral 1 del artículo 49); el derecho a no confesarse culpable y no declarar contra sí misma (numeral 5 del artículo 49); y el derecho a la tutela efectiva de los derechos e intereses del procesado (artículo 26 de la Constitución)[41].

Aplicados los principios del artículo 49 de la Constitución a los procedimientos administrativos sancionatorios, resulta entonces el siguiente régimen:

El ordinal 1° del artículo 49 comienza por establecer no sólo el derecho a la *defensa,* sino a la *asistencia jurídica* (de abogado) los que considera como derechos inviolables en *todo estado y grado* de la investigación y del procedimiento. Adicionalmente, precisa que toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se la investiga, de *acceder a las pruebas* y de *disponer del tiempo* y de los medios adecuados para ejercer su *defensa.*

En particular, en relación con el derecho a la defensa el mismo ha sido amplio y tradicionalmente analizado por la jurisprudencia destacándose, por ejemplo, que

En cuanto al procedimiento de determinación e imposición de sanciones por ilícitos tributarios, el derecho a la defensa se concreta en el derecho de los sujetos pasivos de la relación tributaria a ser debidamente notificados de cualquier acto administrativo que afecten sus derechos subjetivos o sus intereses particulares legítimos y directos; en la oportunidad que tiene el administrado para formular los descargos que le permita desvirtuar lo imputado por la Administración en el acta fiscal debidamente notificada; en el derecho del contribuyente o responsable para promover y controlar, en tiempo oportuno, la producción de cualquier prueba razonable y legalmente pertinente, antes de que la Administración adopte la decisión final sobre el fondo del

[38] Véase en general, Antonieta Garrido de Cárdenas, "La naturaleza del debido proceso en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999", en *Revista de Derecho Constitucional,* N° 5 (julio-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 89-116; Antonieta Garrido de Cárdenas, "El debido proceso como derecho fundamental en la Constitución de 1999 y sus medios de protección", en *Bases y principios del sistema constitucional venezolano (Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional realizado en San Cristóbal del 21 al 23 de Noviembre de 2001),* Volumen I, pp. 127-144.

[39] Véase sentencia N° 123 de la Sala Constitucional (Caso: *Sergio J. Meléndez*) de 17 de marzo de 2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 143.

[40] Véase sentencia de la sala Constitucional N° 97 de 15 de marzo de 2000 (Caso: *Agropecuaria Los Tres Rebeldes* en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 148.

[41] Véase sentencia N° 224 de 24-02-2000, *idem*, pp. 136 y ss.

asunto debatido; en el derecho a tener el libre acceso al expediente administrativo; en el derecho a conocer oportunamente las razones de hecho y de derecho que fundamentan el acto administrativo determinativo o sancionatorio, lo cual le permitirá accionar ante los organismos competentes; y en poder impugnar en la vía administrativa o judicial un acto administrativo emitido por la Administración tributaria, que afecte, en cualquier forma, sus derechos como contribuyente o responsables[42].

Por otra parte, ha sido por la prevalencia del derecho a la defensa que la Sala Constitucional, siguiendo la doctrina constitucional establecida por la antigua Corte Suprema de Justicia[43], ha desaplicado normas que consagran el principio *solve et repete*, como condición para acceder a la justicia contencioso-administrativa, por considerarlo inconstitucional[44].

En la Constitución de 1999, además, en forma explícita se estableció el principio de que "Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario" (ordinal 2° del artículo 49), conforme al cual "una persona acusada de una infracción, no puede ser considerada culpable hasta que así lo declare una decisión condenatoria precedida de un procedimiento suficiente para procurar su dimanación. El particular tiene entonces derecho a ser presumido inocente, lo que equivale a que su eventual condena sea precedida por "una actividad probatoria suficiente con la participación del acusado y con una adecuado razonamiento del nexo causal entre la norma y la situación concreta, sin que base la mera sospecha o conjetura"[45].

El ordinal 3° del artículo 49, regula además, el derecho de toda persona a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por el órgano administrativo competente e imparcial establecido con anterioridad. Este derecho comprende por supuesto, el derecho de formular alegatos y presentar pruebas en el procedimiento.

De acuerdo con el mismo artículo 49,1 de la Constitución, como parte del debido procedimiento se establece la garantía fundamental en materia probatoria, conforme a la cual se consideran como nulas *las pruebas* obtenidas mediante violación del debido proceso.

El mismo artículo 49,1 de la Constitución, también como manifestación del derecho a la defensa consagra el derecho de toda persona declarada culpable a recurrir de la decisión sancionatoria, con lo que se regula el derecho a la doble instancia que consiste en la efectiva posibilidad de revisión de las decisiones dictadas con ocasión de un procedimiento, esto es, de someter una la decisión al conocimiento posterior de un órgano de mayor jerarquía en la pirámide organizativa de la Administración. Con esta disposición, adquiere rango constitucional el derecho al recurso jerárquico en los procedimientos administrativos.

El ordinal 6° del artículo 49 recoge el principio tradicional de que ninguna persona puede ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes; principio que por supuesto es aplicable a los procedimientos sancionatorios.

[42] Véase la sentencia N° 3682 de 19 de diciembre de 1999, de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia en *Revista de Derecho Público,* N° 79-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

[43] Véase en Allan R. Brewer-Carías, *La justicia contencioso-administrativa,* Tomo VII, *Instituciones Políticas y Constitucionales, cit.,* pp. 196 y ss.

[44] Véase la sentencia de la Sala Constitucional N° 321 de 22 de febrero de 2002 (Caso: *Papeles Nacionales Flamingo, C.A. vs. Dirección de Hacienda del Municipio Guacara del Estado Carabobo)* en *Revista de Derecho Público,* N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

[45] Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo N° 315 de 19 de marzo de 2001, en *Revista de Derecho Público,* N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 103 y ss.

Además, en materia sancionatoria también tiene rango constitucional el principio *non bis in idem* que recoge el ordinal 7º del artículo 49 de la Constitución, al establecer que ninguna persona puede ser sometida a un procedimiento sancionatorio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido sancionado anteriormente.

VII. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

La discrecionalidad se da, como lo ha señalado la jurisprudencia venezolana, cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera, apreciando la oportunidad o conveniencia de la medida a tomarse[46]. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la Ley la que permite a la Administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación de hecho. En esos casos, la Administración tiene la elección, sea de las circunstancias ante las cuales dictará el acto, sea del acto que se dictará ante una situación de hecho, por lo que es posible afirmar que "la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas"[47].

Por ello, en algunas de las leyes de procedimientos administrativos se ha regulado el ejercicio de la potestad discrecional, entendida como la posibilidad que da la ley al funcionario de adoptar decisiones según su apreciación de la oportunidad y conveniencia, pudiendo normalmente adoptar varias decisiones que de acuerdo a la apreciación de los hechos y a la finalidad de la norma, todas, si se aplican, podrían ser igualmente justas.

En todo caso, si algo ha caracterizado al derecho administrativo en las últimas décadas en todos los países iberoamericanos, es el proceso de redefinición del ámbito de la discrecionalidad y de limitación de la misma. Este puede decirse que es el signo común del derecho administrativo y, en particular, de las leyes de procedimiento administrativo.

El esfuerzo de la doctrina y de la jurisprudencia de las últimas décadas ha consistido, entonces, en deslastrar a los funcionarios de ciertas áreas de actuación que antes se consideraban como parte del poder discrecional y que, progresivamente, se han ido eliminando de dicho ámbito, como es el caso de la utilización de "conceptos jurídicos indeterminados" en la atribución de competencias. Como lo precisó la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, al distinguir los conceptos jurídicos indeterminados, de las llamadas potestades discrecionales: "Mientras éstas dejan al funcionario la posibilidad de escoger según su criterio una entre varias soluciones justas, no sucede lo mismo cuando se trata de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado. Se caracterizan estos últimos por ser conceptos que resulta difícil delimitar con precisión en su enunciado, pero cuya aplicación no admite sino

[46] Véase Allan R. Brewer-Carías, "Los límites a la actividad discrecional de las autoridades administrativas", " en *Ponencias Venezolanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado (Uppsala, agosto 1966)*, publicaciones del Instituto de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1966, pp. 255-279; en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 2, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1966, pp. 9-35; y en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo I: El Ordenamiento Constitucional y Funcional del Estado*, Caracas 1975, pp. 15-41.

[47] Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 1-6-2001.

una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquélla que se conforme con el espíritu, propósito y razón de la norma. La aplicación del concepto jurídico indeterminado por la Administración Pública constituye una actividad reglada y por consiguiente sujeta al control de legalidad por parte del órgano jurisdiccional competente"[48].

Por otra parte, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos debe destacarse el esfuerzo por establecer límites a la discrecionalidad, en el artículo 12 al disponer 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".

En todo caso, con enunciados de esta naturaleza en una ley de procedimiento administrativo, sin duda el juez contencioso administrativo dispone de efectivas herramientas para controlar la legalidad de la actuación de la Administración, más allá de los aspectos formales de tal actuación.

VIII. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y OTROS MODOS DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN, EN ESPECIAL LOS ARBITRAJES.

Conforme al sistema establecido en la Constitución venezolana, todos los actos estatales están sometidos al derecho y todos son controlables judicialmente por razones de constitucionalidad o de legalidad. Aquí está la consecuencia de la consagración del principio de la legalidad y la garantía del Estado de derecho.

Este sistema de control judicial de las actuaciones del Estado puede decirse además, que es de carácter universal y cerrado, en el sentido que ninguno de los actos estatales puede escapar al control del Tribunal Supremo de Justicia y de los demás Tribunales que controlan la constitucionalidad y la legalidad de los mismos; control que se ejerce, en general, además de a través de la Jurisdicción Ordinaria, a través de la Jurisdicción Constitucional, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y de la Jurisdicción Contencioso Electoral[49].

En efecto, los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, las leyes, los actos parlamentarios sin forma de ley, los actos ejecutivos de rango y valor de ley (decretos-leyes), y los actos de gobierno están sometidos exclusivamente al control de la constitucionalidad que está a cargo de la Jurisdicción Constitucional que corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En cuanto a las sentencias, estas están sometidas al control judicial ordinario mediante las apelaciones y, en materia de legalidad, al recurso de extraordinario de casación ante las Salas de Casación Civil, de Casación Social y de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

Y en cuanto a los actos administrativos, al ser de carácter sublegal, como ya se ha dicho, están sometidos al control judicial tanto por parte de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo

[48] Véase sentencia Nº 100 de 19-05-83 en *Revista de de Derecho Público,* Nº 34, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, p. 69.

[49] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Justicia contencioso administrativa,* Tomo VII, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas–San Cristóbal, 1997.

como de la Jurisdicción Contencioso Electoral. La primera la integran la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que se han establecido por la ley; y la segunda, la integra básicamente la Sala Electoral del mismo Tribunal Supremo de Justicia, a los efectos específicos del control de legalidad e inconstitucionalidad de los actos administrativos dictados por los órganos que ejercen el Poder Electoral (Consejo Nacional Electoral, sus Comisiones y órganos subalternos).

Lo importante a señalar sobre este control contencioso administrativo es que el mismo se realiza en relación con *todos* los actos administrativos, pudiendo los tribunales competentes declarar su nulidad, así sean actos administrativos emanados no sólo de los órganos de la Administración Pública, sino de los órganos legislativos, de los tribunales, e incluso de entidades privadas.

La jurisdicción contencioso-administrativa, por otra parte, se ha constitucionalizado en Venezuela desde 1961, en una norma ahora contenida en el artículo 259 de la Constitución de 1999[50], cuyo texto es el siguiente:

La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determina la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

Ha sido precisamente con base en esta norma constitucional que la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia fue elaborando las bases del contencioso administrativo[51], las cuales desarrolladas por la doctrina nacional[52], condujeron a la sanción en 1976 de la ahora derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia[53], en cuyas normas se reguló el proce-

[50] Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso-administrativos*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2004.

[51] En cuanto a la jurisprudencia, véase en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo,* Tomo V, *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa,* Vol. 1 y 2, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1978; Allan R. Brewer-Carías y Luis Ortiz Álvarez, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia Contencioso-Administrativa*, Caracas, 1996; y Luis Ortiz-Alvarez, *Jurisprudencia de medidas cautelares en el contencioso-administrativo (1980-1994),* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995.

[52] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial,* Madrid, 1985, pp. 281 y ss; Allan R.Brewer-Carías, *Contencioso Administrativo,* Tomo VII, *Instituciones Políticas y Constitucionales,* Caracas-San Cristóbal, 1997; Antonio Canova González, *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano,* Editorial Sherwood, Caracas, 1998; Víctor Hernández-Mendible, *Tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo*, Vadell Hermanos editores, Caracas, 1998. Véase además, las siguientes obras colectivas: *El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela,* Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979; *Contencioso Administrativo en Venezuela,* Editorial Jurídica Venezolana, tercera edición, Caracas, 1993; *Derecho Procesal Administrativo,* Vadell Hermanos editores, Caracas, 1997; *8ª Jornadas "J.M. Domínguez Escovar" (Enero 1983), Tendencias de la jurisprudencia venezolana en materia contencioso-administrativa,* Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, U.C.V., Corte Suprema de Justicia; Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Tip. Pregón, Caracas, 1983; *Contencioso Administrativo, I Jornadas de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías,* Funeda, Caracas, 1995; *XVIII Jornadas "J.M. Domínguez Escovar, Avances jurisprudenciales del contencioso-administrativo en Venezuela,* 2 Tomos, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Diario de Tribunales Editores, S.R.L. Barquisimeto, 1993.

dimiento contencioso- administrativo ante dicha Corte. En las Disposiciones Transitorias de esa Ley, además, se reguló la organización de la jurisdicción contencioso- administrativo, con indicación de los diversos tribunales que la integran, además de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema: la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (en 2004 se ha creado una Corte Segunda) y ocho Tribunales Superiores Contencioso-Administrativos ubicados en las diversas regiones del país.

En mayo de 2004 se sancionó la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia[54], en la cual y a pesar de las imperfecciones de sus nuevas Disposiciones Transitorias que han afectado la base legal fundamental de la organización de la Jurisdicción, se han vuelto a regular los principios del procedimiento contencioso administrativo (Arts. 18 a 21) siguiendo literalmente lo que establecía la derogada Ley Orgánica; conservándose además, la organización de la Jurisdicción transitoriamente hasta que se dicte la Ley especializada sobre lo contencioso administrativo.

De acuerdo con la Constitución y con la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, por tanto, la jurisdicción contencioso- administrativa en Venezuela, es una jurisdicción especial integrada al Poder Judicial. En Venezuela, por tanto, el derecho administrativo no se ha construido con base en criterios que hayan surgido de una distinción entre las competencias de la jurisdicción judicial y la jurisdicción administrativa, tan extendido en el derecho administrativo francés, y que has sido seguidos en algunos países latinoamericanos, como por ejemplo en Colombia. En Venezuela, al contrario, la tradición ha sido la existencia de una competencia especializada de determinados tribunales para conocer de litigios en los cuales interviene la Administración, pero integrados en el Poder Judicial[55].

La Constitución, por otra parte, en su artículo 258 remite a la Ley para promover el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos[56]. En lo que se refiere al arbitraje, en materia administrativa ello está aceptado, siempre que por la naturaleza comercial del contrato pueda establecerse la cláusula arbitral conforme al artículo 151 de la Constitución, cuyo contenido se analizará más adelante al hacer referencia a los contratos del Estado.

Ahora bien, una de las importantes innovaciones de la Constitución de 1999 ha sido la previsión expresa del derecho de las personas a la tutela judicial efectiva[57] que proviene del constitucionalismo español (art. 21,1 Constitución de 1978), lo que en materia de control judicial contencioso

[53] Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia del 30 de julio de 1976 (LOCSJ) en *Gaceta Oficial* N° 1.893, Extraordinaria del 30-07-76. Véase Allan R. Brewer-Carías y Josefina Calcaño de Temeltas, *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1989.

[54] Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ), *Gaceta Oficial*, N° 37942 de 20-05-2004. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004.

[55] Martín Pérez Guevara, "Prólogo", en Allan R. Brewer-Carías, Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo II. Ordenamiento Orgánico y Tributario del Estado, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1976, pp. 1-10.

[56] Sobre el arbitraje como medio alternativo de justicia véase la sentencia de la Sala Constitucional del tribunal Supremo N° 186 de 14-02-2001, en Revista de Derecho Público, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 253 y ss.

[57] Véase en general, Ingrid Cancelado Ruíz, "La tutela judicial efectiva y la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración Pública a la luz de la Constitución de 1999", en *Revista de Derecho Constitucional,* N° 4 (enero-junio), Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 75-139; Rafael G. Prado Moncada, "De nuevo sobre el derecho a la tutela judicial efectiva (Avances normativos a raíz de la Constitución de 1999)", en *Revista de Derecho Administrativo,* N° 9 (mayo-agosto), Editorial Sherwood, Caracas, 2000, pp. 93-119.

administrativo de la Administración, implica precisar cuáles son los poderes que el Juez puede ejercer para satisfacer las pretensiones que le formulen los recurrentes, incluso en defensa de intereses colectivos o difusos.

En el sistema venezolano, estas técnicas de control judicial de la Administración se pueden identificar a través de los siguientes poderes del juez contencioso administrativo, que permiten indicar el carácter subjetivo del proceso contencioso administrativo[58]:

En *primer lugar,* el Juez contencioso-administrativo puede declarar la nulidad de los actos administrativos por inconstitucionalidad o ilegalidad, en general, por contrariedad al derecho. Ello está establecido no sólo en los artículos 259 y 266 de la Constitución, sino también en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Conforme a estas normas, el Tribunal Supremo de Justicia y los Tribunales con competencia en lo contencioso-administrativo, tienen la atribución de declarar "la nulidad de actos administrativos, generales o individuales, contrarios a derecho, incluso por desviación de poder". La legitimación para recurrir varía según se trate de actos administrativos de efectos particulares, en cuyo caso la Ley exige un interés personal, legítimo y directo; o de actos administrativos de efectos generales, o normativos, en cuyo caso se trata de una acción popular.

Pero además, de acuerdo al artículo 21, párrafo 18° de la Ley Orgánica, con la pretensión de anulación también puede formularse una pretensión de condena derivada precisamente de esa anulación, y así la sentencia, además de anular el acto puede resolver condenar a la Administración al pago de sumas de dinero, y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad administrativa, así como disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. En este campo, la pretensión de anulación, por tanto, también puede estar acompañada de una pretensión de condena e, incluso de una pretensión de amparo de los derechos fundamentales.

Aparte de estas cuestiones de anulación y condena que se pueden suscitar ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en *segundo lugar*, están todas las otras cuestiones en las cuales no se plantea la nulidad de actos administrativos. En efecto, la Constitución en su artículo 259, también atribuye competencia a los tribunales contencioso-administrativos para restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. Ello da origen a competencias en las cuales los tribunales contenciosos-administrativos no entran a declarar o no la nulidad de un acto administrativo por motivos de ilegalidad, sino que, tienen una competencia amplia, para conocer y decidir con plenitud, dentro de los límites de su competencia, de todas las demandas que se intenten contra los entes públicos estatales nacionales y empresas nacionales del Estado. La Constitución, en ese sentido, señala algunos supuestos de esta competencia cuando insiste en su artículo 259 sobre "la condena al pago de sumas de dinero, la reparación de daños y perjuicios, originados por la responsabilidad de la Administración; o el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa". De acuerdo a esta norma, es indudable que estamos ante una competencia plena, lo suficientemente amplia como para admitir cualquier tipo de pedimento frente a la Administración de parte de un particular lesionado, por supuesto en un derecho subjetivo.

En esta forma, de acuerdo a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo en estos casos de demandas contra los entes públicos, la decisión del juez puede ser cualquier decisión jurídicamente útil

[58] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004.

que se solicite, en la cual no esté envuelta la nulidad de un acto administrativo. En tal sentido, el artículo 21, párrafo 18 de dicha Ley Orgánica dispone que en su fallo definitivo el Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo con los términos de la solicitud, podrá condenar el pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, así como disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. Agrega la norma, sin embargo, que cuando la acción hubiese sido temeraria o evidentemente infundada, el Tribunal podrá imponer al solicitante multa por montos determinados.

Desde la promulgación de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, por tanto, puede decirse que en Venezuela desapareció toda distinción entre el "recurso de anulación", por una parte, y el "recurso de plena jurisdicción" por la otra; pues si la pretensión de condena a la Administración deriva de la ilegalidad de un acto administrativo, debe formularse la pretensión de anulación, y junto con ella en el contencioso de anulación de los actos administrativos, la pretensión de condena de acuerdo a lo previsto en el citado artículo 21, párrafo 18° de la Ley Orgánica. En esta forma el llamado "contencioso de plena jurisdicción" después de la Ley de 1976 y de la actual, quedó reducido a las demandas contra la República y los otros entes nacionales estatales, sin que en ellas se planteen pretensiones de anulación: y el contencioso de anulación se convirtió en un *contencioso de los actos administrativos,* sea con la sola pretensión de anulación de los mismos o con pretensiones de condena e incluso de amparo anexas a éstas.

En *tercer lugar*, y conforme a la previsión que se estableció en la Ley Orgánica de 1976, como un aspecto específico del contencioso de las demandas, se destaca el *contencioso de los contratos administrativos*, al atribuirse a la Sala Político Administrativa competencia para conocer de las "cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o los Municipios" conforme a determinadas cuantías (Art. 5,25). Se trata, sin embargo, de un contencioso limitado, sólo al conocimiento de los "contratos administrativos" suscritos por los entes públicos territoriales y no por los otros entes públicos como los institutos autónomos o las empresas del Estado. Se trata, por lo demás, de la única norma en el ordenamiento jurídico que en general usa la expresión "contratos administrativos", lo que complica su identificación, como se analizará más adelante.

En cuarto *lugar*, y como una innovación de la Constitución de 1999, un cuarto tipo de competencia que puede ser ejercida por la jurisdicción contencioso administrativa, se refiere a los reclamos por la prestación de los servicios públicos. Se abre así en campo del *contencioso de los servicios públicos*, que sin embargo, la Ley Orgánica no reguló. En esta materia, sólo se reguló en el artículo 5, ordinal 37, la competencia de la Sala Político Administrativa del tribunal Supremo para "conocer y decidir, en segunda instancia, las apelaciones y demás acciones o recursos contra las sentencias, dictadas por los Tribunales Contencioso Administrativos, cuando su conocimiento no estuviere atribuido a otro tribunal, que decidan sobre las acciones de reclamos por la prestación de servicios públicos nacionales".

En *quinto lugar*, además de los poderes de anulación y de condena, y del contencioso de los contratos administrativos y de los servicios públicos, otra competencia puede ser ejercida por la jurisdicción contencioso-administrativa, es la relativa a la interpretación abstracta de las leyes. Su regulación específica se inició con la Ley de Carrera Administrativa de 1970 en la cual, dada su novedad, se previó un recurso de interpretación ante el Tribunal de la Carrera Administrativa, en relación a las dudas que pudieran surgí en cuanto a la aplicación e interpretación de dicha Ley

y sus Reglamentos, aclarándose que el ejercicio de dicho recurso no podía ser motivo para la paralización de ninguna medida que las autoridades competentes puedan ordenar[59]. Mediante esta norma legal se puede decir que por primera vez en Venezuela se consagró expresamente la competencia de interpretación atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa aún cuando en este caso, limitada al contencioso-funcionarial.

Posteriormente, en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 se estableció en forma general, la competencia del Supremo Tribunal para "conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales", pero "en los casos previstos en la Ley" (Art. 42,24), con lo cual quedaba por ser regulada dicha competencia. Con base en ello, en todo caso, la antigua Corte Suprema de Justicia se reservó conocer, incluso, del recurso de interpretación previsto en la derogada Ley de Carrera Administrativa. En la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, el contencioso de interpretación quedó establecido en el ordinal 55 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, pero como una competencia general de todas las Salas, correspondiendo a la Sala afín con la materia debatida, en la siguiente forma: "Conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la ley, siempre que dicho conocimiento no signifique una sustitución del mecanismo, medio o recurso previsto en la ley para dirimir la situación si la hubiere".

En sexto *lugar*, otra competencia general de la jurisdicción contencioso-administrativa que deriva del artículo 5, párrafo 1°, ordinal 26 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (establecida desde la derogada Ley de 1976), es la atribuida a la Sala Político Administrativa para "Conocer de la abstención o negativa del Presidente de la República, del Vicepresidente Ejecutivo de la República y de los Ministros del Ejecutivo Nacional, así como de las máximas autoridades de los demás organismos de rango constitucional con autonomía funcional, financiera y administrativa y del Alcalde del Distrito Capital, a cumplir específicos y concretos actos a que estén obligados por las Leyes"[60]. Se trata del *contencioso-administrativo contra la carencia administrativa* que ya se había previsto en la Ley de 1976 y cuyas modalidades han sido ampliamente desarrolladas por la jurisprudencia[61].

Por otra parte, debe mencionarse como otra de las innovaciones constitucionales la consagración del derecho de acceso a la justicia con expresa mención de la protección judicial de los intereses colectivos y difusos[62], y no sólo de los intereses subjetivos y particulares. Los intere-

[59] Artículo 64 de la derogada Ley de Carrera Administrativa de 1970.

[60] Esta competencia estaba regulada en los Artículos 42, ordinal 23, y 182, ordinal 1° de la derogada LOCSJ. Véase Allan R. Brewer-Carías, "La abstención, silencio y negativa de la Administración y su control" en *El Derecho Venezolano en 1982*, UCV, Caracas, 1982, pp. 603 y ss.

[61] Véase en general, Carlos L. Carrillo Artiles, *El recurso jurisdiccional contra las abstenciones u omisiones de los funcionarios públicos*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1996; y Daniela Urosa Maggi, *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el derecho español y venezolano*, Funeda, Caracas, 2003.

[62] Véase en general, José L. Villegas Moreno, "Los intereses difusos y colectivos en la Constitución de 1999", en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 2 (enero-junio). Editorial Sherwood, Caracas, 2000, pp. 253-269; Ana E. Araujo García, "El principio de la tutela judicial efectiva y los intereses colectivos y difusos", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* Tomo III, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Editorial Civitas, Madrid 2003, pp. 2703-2717; Ana Elvira Araujo, "El principio de la tutela judicial efectiva y los intereses colectivos y difusos", *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia,* N° 4, Caracas, 2002, pp. 1 a 29; Mariolga Quintero Tirado, "Aspectos de una tutela judicial ambiental efectiva", en *Nuevos estudios de derecho procesal, Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor,* Vol. II, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, N° 8,

ses difusos han sido caracterizados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo como los que conciernen a la calidad de la vida (condiciones básicas de existencia) de toda la comunidad o sociedad, que se difunden entre todos los individuos de la comunidad. Este *derecho o interés difuso*, ha agregado la Sala Constitucional, "debido a que la lesión que lo infringe es general (a la población o a extensos sectores de ella), vincula a personas que no se conocen entre sí, que individualmente pueden carecer de nexo o relaciones jurídicas entre ellas, que en principio son indeterminadas, unidas sólo por la misma situación de daño o peligro en que se encuentran como miembros de una sociedad, y por el derecho que en todos nace de que se les proteja la calidad de la vida, tutelada por la Constitución". Por tanto, es la afectación o lesión común de la calidad de vida, que atañe a cualquier componente de la población o de la sociedad como tal, independientemente de las relaciones jurídicas que puedan tener con otros de esos indeterminados miembros, lo que lo caracteriza.

Los daños al ambiente o a los consumidores, son así, daños que afectan intereses difusos, así ocurra en una determinada localidad, pues tienen efectos expansivos que perjudican a los habitantes de grandes sectores del país y hasta del mundo, y responden a la prestación indeterminada de protección al ambiente o de los consumidores. Esa lesión a la población, que afecta con mayor o menor grado a todo el mundo, que es captado por la sociedad conforme al grado de conciencia del grupo social, es diferente a la lesión que se localiza concretamente en un grupo, determinable como tal, aunque no cuantificado o individualizado, como serían los habitantes de una zona del país afectados por una construcción ilegal que genera problemas de servicios públicos en la zona. Estos intereses concretos, focalizados, son en cambio, los *colectivos*, referidos a un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable, aunque individualmente, dentro del conjunto de personas existe o puede existir un vínculo jurídico que los une entre ellos. De ello dedujo la Sala Constitucional que "Son los *difusos* los de mayor cobertura, donde el bien lesionado es más generalizado, ya que atañe a la población en extenso, y que al contrario de los *derechos e intereses colectivos*, surgen de una prestación de objeto indeterminado; mientras que en los *colectivos*, la prestación puede ser concreta, pero exigible por personas no individualizables". Los intereses difusos por ejemplo, se refieren a los daños al ambiente; en cambio, es un interés colectivo "El interés de los vecinos de una urbanización, o un barrio, que se ve desmejorado en sus servicios públicos por una construcción, por ejemplo, también responde a un bien jurídico suprapersonal, pero es determinable, localizable en grupos específicos, y ese es el interés que permite la acción colectiva"[63].

Si bien la Constitución atribuye expresamente al Defensor del Pueblo la atribución de amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos y difusos de las personas contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los servicios públicos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a los administrados de los daños y perjuicios que les sean ocasionados con motivo

Caracas, 2002 pp. 189 a 236; Flor M. Ávila Hernández, "La tutela de los intereses colectivos y difusos en la Constitución venezolana de 1999", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* Tomo III, *op. cit.*, pp. 2719-2742.

[63] Véase sentencia de la Sala Constitucional Nº 656 de 30-06-2000, Caso: *Defensor del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional*. Citada en la sentencia de la Sala Constitucional Nº 279 de 19-2-2002 (Caso: *Ministerio Publico vs. Colegio de Médicos del Distrito Capital*) como Caso: *Dilia Parra Guillén,* en *Revista de Derecho Público,* Nº 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

del funcionamiento de los servicios públicos (art. 281,2), la legitimación activa para proteger esos derechos e intereses colectivos y difusos no está reservada en exclusiva a dicho funcionario. Cualquier persona legitimada para intentar una acción contencioso-administrativa puede invocar la representación de intereses difusos o colectivos, siempre que "el que acciona lo haga en base no sólo a su derecho o interés individual, sino en función del derecho o interés común o de incidencia colectiva"; que "la razón de la demanda (o del amparo interpuesto) sea la lesión general a la calidad de vida de todos los habitantes del país o de sectores de él, ya que la situación jurídica de todos los componentes de la sociedad o de sus grupos o sectores, ha quedado lesionada al desmejorarse su calidad común de vida"; y "que exista un vínculo, así no sea jurídico, entre quien demanda en interés general de la sociedad o de un sector de ella (interés social común), nacido del daño o peligro en que se encuentra la colectividad (como tal)[64].

IX. OTRAS TECNICAS DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN

Además del control judicial de la Administración Pública, la Constitución establece el control parlamentario y el control fiscal. En cuanto al primero, se atribuye a la Asamblea Nacional y a sus Comisiones, a cuyo efecto, el artículo 222 de la Constitución, dispone que la Asamblea Nacional puede ejercer su función de control mediante los siguientes mecanismos: las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias previstas en la Constitución y en la ley y cualquier otro mecanismo que establezcan las leyes y su reglamento. En ejercicio del control parlamentario, la Asamblea pueda declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos[65] y solicitar al Poder Ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad.

Por otra parte, tanto la Asamblea como sus Comisiones pueden realizar las investigaciones que juzguen convenientes en las materias de su competencia, de conformidad con el reglamento (art. 223).

Por último, debe destacarse que conforme al artículo 224, el ejercicio de la facultad de investigación no afecta las atribuciones de los demás poderes públicos. Sin embargo, en cuanto a los jueces, estos están obligados a evacuar las pruebas para las cuales reciban comisión de la Asamblea Nacional y de sus Comisiones[66].

De acuerdo con el artículo 223 de la Constitución, todos los funcionarios públicos están obligados, bajo las sanciones que establezcan las leyes, a comparecer ante dichas Comisiones y a suministrarles las informaciones y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funciones. Esta obligación comprende también a los particulares; quedando a salvo los derechos y garantías que la Constitución consagra.

[64] Véase sentencia Nº 1048 de 17-08-2000 (Caso: *William Ojeda vs. Consejo Nacional Electoral*), en *Revista de Derecho Público*, Nº 83, (julio-septiembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 325 y ss.

[65] Véase sobre esto Allan R. Brewer-Carías "Aspectos del control político sobre la Administración Pública" en *Revista de Control Fiscal*, Nº 101, Contraloría General de la República, Caracas, 1981, pp. 107 a 130.

[66] Véase Allan R. Brewer-Carías, "Los poderes de investigación de los cuerpos legislativos y sus limitaciones, con particular referencia a los asuntos secretos", *Revista de Derecho Público*, Nº 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 25 a 42.

A los efectos de asegurar la aplicación de esta norma constitucional en 2001 se dictó la Ley Sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios y Funcionarias Públicos y los o las Particulares ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones[67], con el objeto, precisamente, de establecer las normas que rigen la comparecencia de funcionarios públicos y los particulares ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones, así como las sanciones por el incumplimiento a las mismas. Dicha Ley dispone que la Asamblea Nacional, o sus Comisiones, en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales puede acordar, conforme a su Reglamento, la comparecencia ante la plenaria, o ante sus Comisiones, de todos los funcionarios públicos, así como de los particulares "preservando los derechos fundamentales, garantías y principios constitucionales, a los fines del cumplimiento efectivo de las funciones de control y de investigación parlamentaria que sobre el Gobierno nacional, estadal y municipal, y sobre la administración descentralizada, le correspondan" (art. 3).

Cuando con motivo de la comparecencia de un funcionario público, persona natural o representantes de personas jurídicas, se determinen fundados indicios que hagan presumir la existencia de ilícitos administrativos que comprometan el patrimonio público, conforme se establece en el artículo 19 de la Ley, "las actuaciones de la Asamblea Nacional o de la Comisión respectiva constituyen medios de prueba vinculantes, para que la Contraloría General de la República abra la averiguación correspondiente sobre la responsabilidad administrativa de las personas involucradas". Si en esos casos se determinan fundados indicios de la comisión de ilícitos penales, también dispone el artículo 20 de la Ley que "las Actas de las comparecencias constituyen actuaciones preliminares similares a las exigidas en la fase preparatoria del juicio penal" las cuales adminiculadas deben ser pasadas al Ministerio Público para que ejerza la acción correspondiente contra las personas involucradas.

Pero además del control parlamentario, la Administración Pública está sometida al control fiscal por parte de la Contraloría General de la República que es uno de los órganos del Poder Ciudadano; y que conforme al artículo 287 de la Constitución, 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. Goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, y orienta su actuación a las funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a su control[68]. En 2001 se ha sancionado la Ley N° 59, sobre Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal[69].

Entre las atribuciones de la Contraloría General de la República, conforme al artículo 289 de la Constitución, además de la ya señalada, están las de controlar la deuda pública, inspeccionar y fiscalizar los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sometidos a su control; practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, así como dictar las medidas, imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley; instar al Fiscal General de la República a que ejerzan las acciones judiciales a que hubiere lugar con motivo de las infracciones y delitos cometidos contra el patrimonio público y de los cuales tenga conocimiento en el ejercicio

[67] Véase Ley Sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios y Funcionarias Públicos y los o las Particulares ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones (Ley N° 30), en *Gaceta Oficial* N° 37.252 del 2 de agosto de 2001.

[68] Véase José Ignacio, Hernández G., "La Contraloría General de la República", *Revista de Derecho Público,* N° 83 (julio-septiembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 21-38.

[69] *G.O.* N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

de sus atribuciones; y ejercer el control de gestión y evaluar el cumplimiento y resultado de las decisiones y políticas públicas de los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sujetos a su control, relacionadas con sus ingresos, gastos y bienes.

A los efectos de desarrollar estos principios constitucionales relativos al sistema nacional de control fiscal (art. 290), se ha sancionado la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal[70], la cual en su artículo 9, sujeta a sus disposiciones y al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República, a todos los órganos y entidades del Estado, en los tres niveles territoriales.

X. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Uno de los principios de rango constitucional más importantes en relación con el derecho administrativo en Venezuela, es el de la responsabilidad administrativa, tanto de los funcionarios como de la Administración Pública, es decir, de las personas jurídicas estatales de cuyos órganos administrativos aquéllos son titulares.

En efecto, un principio fundamental que rige para todos los órganos del Estado, es decir, que ejercen el Poder Público, y por supuesto, para la Administración Pública, es el regulado en el artículo 139 de la Constitución, que recoge otra norma tradicional de nuestro constitucionalismo, y es el principio de la responsabilidad individual de los funcionarios públicos en el ejercicio del Poder Público[71]. Dispone dicha norma 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". Esta norma recoge el principio del artículo 121 de la Constitución de 1961, pero agregando a la ahora la "desviación de poder" dentro de los supuestos que generan responsabilidad del funcionario; vicio de los actos administrativos que reafirma su rango constitucional.

En consecuencia, la responsabilidad de los funcionarios que causen daños al ejercer el Poder Público, se puede originar cuando ello ocurra por abuso de poder, es decir, por el llamado vicio en la causa de los actos estatales (falso supuesto, por ejemplo); por desviación de poder, que es el vicio en la finalidad del acto estatal, al usarse el poder conferido para perseguir fines distintos a los establecidos en la norma atributiva de competencia; y en general, por violación de la Constitución o de la Ley, es decir, en general, por contrariedad al derecho[72].

La Constitución, por otra parte, y también siguiendo una larga tradición de nuestro constitucionalismo, reitera el principio de la responsabilidad de los funcionarios públicos pero en particular, respecto de los actos que dicten, ordenen o ejecuten, que violen o menoscaben los derechos garantizados constitucionalmente; responsabilidad que puede ser civil, penal y admi-

[70] *Gaceta Oficial* N° 37.347 del 17 de Diciembre de 2001.

[71] Véase en general, Jesús Caballero Ortiz, "Consideraciones fundamentales sobre la responsabilidad administrativa en Francia y en España y su recepción en la Constitución venezolana de 1999", en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón,* Volumen II. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 255-271; Luis A. Ortiz-Álvarez, "La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la Constitución de 1999", en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela,* Volumen II. Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 149-208.

[72] Sobre estos vicios véase, Allan R. Brewer-Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial,* Instituto Nacional de Administración Pública, Alcalá de Henares-Madrid 1987, pp. 528 y ss.

nistrativa, sin que pueda servirles de excusa órdenes superiores que reciba el funcionario. (art. 25). Este mismo principio lo repite el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, en relación con los funcionarios de la misma.

En estos casos, conforme al artículos 10 de la Ley Orgánica, y sin perjuicio del derecho de acceso a la justicia establecido en la Constitución (art. 26) y la ley, los particulares cuyos derechos humanos hayan sido violados o menoscabados por un acto u orden de un funcionario público pueden, directamente o a través de su representante, acudir ante el Ministerio Público para que éste ejerza las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva "la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria" en que hubiere incurrido dicho funcionario. Igualmente, pueden acudir ante la Defensoría del Pueblo para que ésta inste al Ministerio Público a ejercer dichas acciones y, además, para que la Defensoría del Pueblo solicite ante el Consejo Moral Republicano que adopte las medidas a que hubiere lugar con respecto a tales funcionarios, de conformidad con la ley.

A los efectos, incluso, de la posibilidad de exigencia de responsabilidad, la Ley Orgánica establece el principio de rendición de cuentas, al disponer su artículo 11 que las autoridades y funcionarios de la Administración Pública deben "rendir cuentas de los cargos que desempeñen en los términos y condiciones que determine la ley".

Por otra parte, una de las innovaciones importantes de la Constitución de 1999 en materia de régimen general del ejercicio del Poder Público, es la previsión expresa del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado; es decir, de las personas jurídicas estatales, básicamente la que resultan de la distribución vertical del Poder Público (Repúblicas, Estados y de Municipios), por los daños y perjuicios que causen los funcionarios en ejercicio de sus funciones.

En la Constitución de 1961 el principio de la responsabilidad del Estado, por supuesto, que se deducía de la previsión del artículo 47 de que establecía que las personas no podían pretender que los entes estatales los indemnizaren sino por daños causados por "autoridades legítimas en ejercicio de su función pública"; y del artículo 206, que regulaba la jurisdicción contencioso administrativa (equivalente al artículo 259 de la Constitución de 1999), al atribuirle a los tribunales de dicha jurisdicción, competencia para dictar sentencias de condena "al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración".

A propuesta nuestra[73] se incluyó en la nueva Constitución una norma expresa en la materia, con el siguiente texto:

Artículo 140: El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.

La expresión "funcionamiento de la Administración Pública", de carácter muy genérico, permite que la responsabilidad del Estado se origine cuando la lesión se derive del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos a cargo del Estado o en general, de la actividad administrativa realizada por la Administración Pública, como estructura orgánica[74].

[73] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea nacional Constituyente),* Tomo II, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 184 y ss.

[74] Véase en general, Luis Ortiz Álvarez, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública,* Caracas, 1995; Margarita Escudero León, "Reflexiones sobre la ejecución de sentencias que condenan al Estado al pago de sumas de dinero", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* Tomo

Se observa, ante todo, que conforme a este artículo, la responsabilidad es del "Estado", es decir, de las personas jurídicas estatales en particular, de la República, de los Estados y de los Municipios en sus respectivos niveles territoriales, por el funcionamiento de sus Administraciones Públicas.

Ahora bien, en cuanto a la expresión "Administración Pública" utilizada en este artículo, en todo caso, debe interpretarse conforme se utiliza la expresión en el Título IV de la Constitución, donde está ubicada, abarcando no sólo la Administración Pública conformada por los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, en los y tres niveles político territoriales, sino la conformada por los órganos que ejercen el Poder Ciudadano y el Poder Electoral, así como la Administración Pública que constituye la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia y las unidades administrativas de la Asamblea Nacional.

La redacción de la norma, sin embargo, podría plantear dudas sobre su aplicación a los casos de responsabilidad del Estado legislador, causada, por ejemplo, al sancionar una ley, la cual sin embargo, deriva de los principios generales del derecho público[75]. En cuanto a la responsabilidad del Estado por actos judiciales o de los jueces, ésta, sin embargo, sí está regulada expresamente en los artículos 49,8 y 255 de la Constitución.

El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, por la actividad de la Administración Pública, por otra parte, lo reitera el artículo 14 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, el cual aún cuando en forma impropia se dispone que la responsabilidad patrimonial sería de la "Administración Pública", cuando esta en realidad no es sujeto de derecho ni persona jurídica. La norma, en efecto, señala:

La Administración Pública será responsable ante los particulares por la gestión de sus respectivos órganos, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los funcionarios por su actuación.

La Administración Pública responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares, siempre que la lesión sea imputable a su funcionamiento.

La "Administración Pública", en efecto, no puede ser responsable pues no es un sujeto de derecho; la responsabilidad es de las personas jurídicas estatales político-territoriales, (República, Estado, Municipios, Distritos Metropolitana), o descentralizadas (*p.e.*, institutos autónomos) que la Constitución comprende en la expresión "Estado".

La Sala Constitucional ha sentado criterio de que la Constitución de 1999 establece un régimen amplio, integral y objetivo de la responsabilidad patrimonial del Estado que se erige en

II, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 2310-2329; María E. Soto, "Régimen constitucional de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública", en *Revista LEX NOVA del Colegio de Abogados del Estado Zulia,* Nº 239, Maracaibo, 2001, pp. 49-72; Luis A. Ortiz-Álvarez, "La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la Constitución de 1999", en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela,* Volumen II, Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 149-208; Ana C. Núñez Machado, "La nueva Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado", en *Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela",* Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2000, pp. 35-64; Abdón Sánchez Noguera, "La responsabilidad del Estado por el ejercicio de la función jurisdiccional en la Constitución venezolana de 1999", en *Revista Tachirense de Derecho,* Nº 12 (enero-diciembre). Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 2000, pp. 55-74; Luis Ortiz-Álvarez, "La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la Constitución de 1999", en *Revista de Derecho Constitucional*, Nº 1 (septiembre-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 267-312; Ana C. Núñez Machado, "Reflexiones sobre la interpretación constitucional y el artículo 140 de la Constitución sobre responsabilidad patrimonial del Estado", en *Revista de Derecho Administrativo,* Nº 15 (mayo-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2002, pp. 207-222; Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional,* Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 276 y ss.

garantía de los particulares frente a las actuaciones dañosas de la Administración, mucho más amplio del establecido en la Constitución de 1961, del cual "no cabe duda que dicha responsabilidad debe ser apreciada de manera objetiva descartándose la culpa del funcionario como fundamento único del sistema indemnizatorio". En consecuencia, la Sala apartándose del criterio restringido que había sido establecido por la Sala Político Administrativa[76], resolvió que "la responsabilidad patrimonial del Estado no debe ser considerada como una garantía en favor de los entes públicos; por el contrario, su consagración constitucional exige que la misma sea interpretada por los jueces en sentido amplio y progresista como una garantía patrimonial del administrado frente a las actuaciones de la Administración generadoras de daño"[77].

XI. EL SERVICIO PÚBLICO Y LOS MERCADOS DE INTERÉS GENERAL (LIBERALIZACIÓN, PRIVATIZACIÓN Y REGULACIÓN) Y SU RÉGIMEN DE COMPETENCIA.

La actividad administrativa, por esencia, incide en la esfera jurídica de los administrados. Por eso hemos dicho que el derecho administrativo, además de regular a la Administración Pública como complejo orgánico, el ejercicio de la función administrativa y la propia actividad administrativa del Estado, regula también las relaciones entre las personas jurídicas estatales como sujetos de derecho actuando a través de los órganos de la Administración Pública, y los administrados, como consecuencia de la gestión del interés público que, en concreto, aquéllas tienen que asumir.

En estas relaciones está otro de los elementos claves del derecho administrativo contemporáneo: el necesario equilibrio, en un régimen democrático, que tiene que establecerse entre los poderes y prerrogativas de los órganos de la Administración Pública y los derechos de los particulares o administrados, lo cual plantea unas especiales exigencias en un régimen de derechos y garantías ciudadanas.

En esta forma, ante el elenco de derechos y garantías que declara la Constitución, corresponde a la legislación propia del derecho administrativo su regulación, actualización, limitación y protección concretas, y con ello la de las diversas formas de la actividad administrativa, que corresponden a las clásicas formas o cometidos de: policía, fomento, servicio público, control y gestión de los asuntos públicos.

La primera, la actividad de policía, quizás la más clásica de las actividades administrativas, siempre resulta en definitiva en una limitación a los derechos constitucionales; la segunda, la actividad de fomento, se manifiesta en la política el estímulo al desarrollo pleno de los mismos derechos ciudadanos, con particulares connotaciones en el ámbito económico; la tercera, la actividad de servicio público, en esencia es la obligación prestacional impuesta al Estado consecuencia

[75] Véase Carlos A. Urdaneta Sandoval, "El Estado venezolano y el fundamento de su responsabilidad patrimonial extracontractual por el ejercicio de la función legislativa a la luz de la Constitución de 1999", en *Revista de Derecho Constitucional*, Nº 5 (julio-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 247-301;

[76] Véase la sentencia Nº 943 de 15-05-2001.

[77] Véase la sentencia Nº 2818 de 19-11-2002 (Caso: *Ramón Oscar Carmona Vásquez*, en *Revista de Derecho Público*, Nº 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, pp. 113 y ss.

directa de derechos ciudadanos previstos constitucional o legalmente; la cuarta, la actividad de control, corresponde a todas las acciones del Estado de control de la actuación tanto de los órganos de la Administración Pública como de los propios administrados en relación con sus actividades reguladas; y la quinta forma de la actividad administrativa, la de gestión del interés general, que puede manifestarse, entre otros, en el campo de la economía cuando el Estado gestiona incluso directamente actividades dentro del sistema de economía mixta establecido en la Constitución.

En esta forma, la actividad administrativa, materialmente hablando, no puede concebirse sin su incidencia directa en la esfera jurídica de los particulares, pues en definitiva, aquella se concreta en una regulación, limitación, estímulo, satisfacción, control o protección de los derechos y garantías constitucionales.

La materia administrativa, por tanto, está conformada por todas aquellas regulaciones que permiten al Estado actuar en concreto, realizando cometidos y prestaciones, y que a la vez se configuran como limitaciones a los derechos y garantías constitucionalmente permitidas, por lo que bien podría decirse que el derecho administrativo, materialmente hablando, es el derecho de las limitaciones y regulaciones al ejercicio de esos derechos.

Ahora bien, en particular en relación con los servicios públicos, a pesar de las sucesivas crisis que ha tenido en la historia del derecho administrativo, esa noción continúa siendo clave para nuestra disciplina. Incluso, su carácter escurridizo y multivalente no puede impedir que se pueda definir el concepto como referido a las actividades prestacionales que debe asumir el Estado, tendientes a satisfacer necesidades generales o colectivas, en cumplimiento de una obligación constitucional o legal y en relación con las cuales, los particulares no tienen derecho a desarrollarlas "libremente"[78].

De esta definición resulta lo siguiente:

En *primer lugar,* que se trata siempre de una actividad, es decir, de un conjunto de operaciones y tareas a cargo de un sujeto de derecho, consistente en dar o hacer algo a favor de otros, en suma, de prestar. Se trata, por tanto, de una actividad prestacional; pero no de cualquier tipo de prestación sino de una que es de interés de todos, de interés público o colectivo por lo que los sujetos a los cuales se destina son todos, es decir, al público en general.

En *segundo lugar,* esa actividad prestacional corresponde cumplirla obligatoriamente al Estado, es decir, a los entes públicos, por estar así establecido en la Constitución o en una Ley. Por tanto, no toda actividad prestacional de interés público que realicen los entes públicos puede considerarse como un servicio público, sino sólo aquellas que éstos asumen en cumplimiento de una obligación constitucional o legal, lo que implica la regularidad y continuidad.

En *tercer lugar,* tratándose de una actividad prestacional que corresponde como obligación al Estado, de acuerdo al principio de alteridad, los particulares, es decir, el público en general, tienen un correlativo derecho constitucional o legal a recibir la prestación, el cual, como todo derecho, debe ser esencialmente justiciable y protegible.

[78] Véase Allan R. Brewer-Carías, "Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias" en *Revista de Derecho Público*, N° 6, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1981, pp. 65-71 "El régimen constitucional de los servicios públicos" en *El nuevo servicio público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general (electricidad, gas, telecomunicaciones y radiodifusión) VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, Caracas 2002*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas 2003, pp. 19-49; José Ignacio Hernández G., "Un ensayo sobre el concepto de servicio público en el derecho venezolano", *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 47-75.

En *cuarto lugar,* desde el momento en el cual una actividad se configura como servicio público a cargo de los entes públicos, la misma queda sustraída de las que pueden ser desarrolladas libremente por los particulares. No es que necesariamente la actividad queda excluida del ámbito de la libertad económica de los particulares, sino que en relación con ella, ésta no puede desarrollarse libremente.

Es decir, la libertad económica, como derecho de toda persona de "dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia" (art. 112 de la Constitución), está limitada, constitucional o legalmente, en una proporción inversa al grado de asunción de la actividad por parte del Estado.

En todo caso, la idea clave a los efectos de la conceptualización jurídica del servicio público, es la existencia de una obligación constitucional o legal a cargo del Estado para la realización de la actividad prestacional. Ello contribuye a deslindar a los servicios públicos de las actividades prestacionales que el Estado realiza por ejemplo, como mero empresario, que no se ejecutan en virtud del cumplimiento de obligación constitucional o legal algunas, y respecto de las cuales existe el derecho de los particulares a desarrollarlas libremente.

En consecuencia, la declaración de una actividad como servicio público que, por tanto, se cumple por el Estado en ejecución de una obligación constitucional o legal, da origen a dos consecuencias fundamentales en relación con los particulares y el mercado:

Por una parte, que con motivo de la obligación jurídica del Estado surge una relación jurídica, en cuyo otro extremo está como correlativo a la obligación, un derecho de los administrados a percibir la prestación de tales servicios públicos; y por otra parte, que la presencia del Estado como prestador de servicios públicos restringe, a la vez, la libertad económica de los administrados.

El servicio público así entendido, se presenta entonces siempre, como una restricción a la libertad económica de los particulares. Por ello es que la creación de un servicio público, es decir, el establecimiento de la obligación prestacional a cargo del Estado, sólo puede tener su origen directamente en la Constitución o en la ley, pues sólo en esos textos, conforme al principio de la reserva legal previsto en la propia Constitución (art. 112), es que puede limitarse o restringirse la libertad económica.

Esta consecuencia de la noción de servicio público es la más importante desde el punto de vista jurídico; que cuando una actividad prestacional se erige en servicio público, es decir, se impone obligatoriamente al Estado, sea a la República, a los Estados o a los Municipios, se restringe automáticamente la libertad económica de los particulares en el sentido de que no pueden, libremente, ejercer dicha actividad.

Es evidente, por supuesto, que el ámbito de esta restricción no es uniforme, pues depende de la regulación concreta que se establezca en la Constitución o en la ley. Las normas pueden establecer una variada gama de restricciones a la libertad económica que pueden ir desde la exclusión total de la actividad económica de los particulares en el ámbito de la actividad prestacional, por ejemplo, cuando el Estado se la reserva con carácter de exclusividad; hasta la previsión de una concurrencia casi sin restricciones, entre la actividad pública y la actividad privada, pasando por los supuestos en los cuales, a pesar de que el Estado se reserve el servicio, los particulares pueden prestarlo mediante concesión.

Por tanto, según la intensidad de la restricción a la libertad económica que acarrea la consideración de una actividad como servicio público, se pueden distinguir tres grandes categorías de servicios públicos: los servicios públicos exclusivos y excluyentes; los servicios públicos exclusivos, pero concedibles; los servicios públicos concurrentes.

La primera categoría de servicios públicos abarca aquellos reservados al Estado en forma absoluta, de manera que los particulares no pueden, en forma alguna, prestarlos. La Constitución, en general, salvo en relación con los servicios públicos vinculados a la seguridad de la Nación y a los fines del Estado, no establece directamente ningún servicio público de esta naturaleza, pero permite que la ley los pueda establecer en determinados supuestos. En efecto, el artículo 302 de la Constitución establece expresamente la posibilidad que tiene el Estado de reservarse, mediante Ley Orgánica, y por razones de conveniencia nacional, "industrias, explotaciones, *servicios y bienes de interés público*".

De acuerdo a este artículo, por tanto, mediante ley orgánica podría establecerse un servicio público para ser prestado en forma exclusiva por el Estado, excluyendo a los particulares del ámbito del mismo. Una reserva de este tipo tendría por efecto fundamental establecer una exclusión a la libertad económica de los administrados, la cual no podría desarrollarse, en forma alguna, respecto del servicio reservado. En estos casos, la reserva de servicios provocaría el establecimiento de un *monopolio de derecho* a favor del Estado, configurándose el supuesto del artículo 302 de la Constitución como una excepción a la prohibición de los monopolios que regula el artículo 113 de la propia Constitución. En el ordenamiento jurídico actual no existe ningún servicio público de esta naturaleza.

Una segunda categoría de servicios públicos estaría configurada por aquellos que aún siendo atribuidos en forma obligatoria y exclusiva al Estado, es decir, a la República, a los Estados o a los Municipios, y estando reservados a los entes públicos, ello no se ha hecho en forma excluyente, por lo que mediante concesión podría permitirse a los particulares la prestación de los mismos en determinadas condiciones. La Constitución ha regulado, en muchas normas esta categoría de servicios públicos, como servicios públicos exclusivos y no excluyentes, por tanto, concedibles, a cuyo efecto ha regulado en general, en el artículo 113 que cuando se trate de "prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público".

Esta norma establece, por tanto, que cuando se trate de una actividad declarada como servicio público exclusivo del Estado, pero no excluyente, sea que se vaya a prestar en forma exclusiva o no, el Estado puede otorgar concesiones por tiempo determinado. Por supuesto, corresponde a la Ley la determinación del carácter exclusivo del servicio que permita, sin embargo, que su prestación se pueda conceder a los particulares.

La consecuencia de ello es que en virtud de la reserva, los particulares no tendrían libertad económica respecto de las actividades que configuran estos servicios, es decir, en esos supuestos, los particulares *no tienen derecho* a realizar las actividades económicas que los configuran. Pueden, sí, obtener ese derecho mediante un acto administrativo bilateral, que es la concesión de servicio público, a través de la cual se transfiere a los particulares un derecho que antes no tenían y que se constituye por dicho acto.

En relación con estos servicios, y con excepción de los de carácter municipal (abastecimiento de aguas[79], recolección de desechos sólidos, transporte público de pasajeros) o de prestación

[79] Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento (Ley Nº 75), *Gaceta Oficial* Nº 5.568 Extraordinario de 31-12-2001;

local[80], puede decirse que en Venezuela se ha venido produciendo un proceso de liberalización, de manera que el régimen de concesión no encuentra ahora regulación sino excepcionalmente, por ejemplo, en materia de transporte, como el ferroviario[81] o de instalaciones portuarias[82]. En materia de telecomunicaciones, en cambio, puede decirse que la actividad económica se liberalizó, correspondiendo al Estado la regulación del servicio a través del ente regulador como es la Comisión Nacional de Telecomunicaciones creada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones[83]. En sentido similar, el servicio eléctrico también se ha liberalizado conforme a la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico[84], correspondiendo a la Comisión Nacional de Energía, como ente regulador, el control de las actividades particulares en ese campo. En ambos casos, sujetas a la obtención de autorizaciones, permisos y licencias.

Un tercer tipo de servicio público está configurado por aquellas actividades prestacionales también impuestas obligatoriamente al Estado, pero respecto de las cuales el ordenamiento constitucional también consagra un derecho de los particulares a prestarlos, como sucede, por ejemplo, en materia de servicios educativos y de atención a la salud. En estos casos, el establecimiento de una actividad como servicio público lo que produce, como consecuencia, es una limitación a la libertad económica de los particulares, que requieren para ello, por ejemplo, de un registro ante la autoridad pública. No se trata por tanto, de que la actividad económica se excluya del ámbito de los particulares, como sucede en los casos anteriores, sino de una limitación a su ejercicio. Por ello, en estos casos, el derecho de los particulares a prestar los servicios está establecido directamente en el ordenamiento jurídico, y lo único que en éste se establece son los mecanismos de control, para asegurar que los servicios se presten en forma adecuada al interés general envuelto.

XII. LA FUNCIÓN PÚBLICA

En la Constitución de 1999 se han establecido los principios fundamentales relativos al régimen de los funcionarios públicos, a los efectos de guiar el establecimiento más de un Estatuto de la función pública que para la Carrera Administrativa como lo establecía la Constitución de 1961 (art. 122); a cuyo efecto, la Asamblea Nacional sancionó en 2002 la Ley del Estatuto de la Función Pública[85].

Conforme a la Constitución, en dicho Estatuto se establecieron las normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios de la Administración Pública. La Cons-

[80] Por ejemplo, la Ley de Armonización y Coordinación de Competencias de los Poderes Públicos Nacional y Municipal para la Prestación de los Servicios de Distribución de Gas con fines domésticos y de Electricidad (Decreto-Ley Nº 1.507) *Gaceta Oficial* Nº 37.319 de 07-11-2001

[81] Ley de Sistema de Transporte Ferroviario Nacional (Decreto-Ley Nº 1.445), *Gaceta Oficial* Nº 37.313 de 30-10-2001.

[82] Ley General de Puertos, *Gaceta Oficial* Nº 37.589 del 11-12-2002;

[83] *Gaceta Oficial* Nº 36.970 de 12-06-2000

[84] Ley Nº 78, *Gaceta Oficial* Nº 5.568 Extraordinario de 31-12-2001;

[85] *G.O.* Nº 37.522 del 6 de septiembre de 2002. Véase en general, Jesús Caballero Ortíz, "Bases constitucionales del derecho de la función pública", *Revista de Derecho Constitucional,* Nº 5, julio-diciembre-2001, Editorial Sherwood, Caracas, 2002, pp. 21 a 46.

titución, además, exigió que en el Estatuto se previera la incorporación de los funcionarios a la seguridad social[86]. La Constitución, además remitió a la ley para determinar las funciones y requisitos que deben cumplir los funcionarios públicos para ejercer sus cargos (art. 144)[87].

E cuanto a los principios constitucionales, debe destacarse que el artículo 145 de la Constitución, dispone en general, que los funcionarios públicos deben estar al servicio del Estado y no de parcialidad alguna, precisando, incluso, que su nombramiento y remoción no puede estar determinado por la afiliación u orientación política.

Ahora bien, en cuanto a los cargos en la Administración Pública, la Constitución estableció, con carácter general, que los cargos "son de carrera" (artículo 146), exceptuando los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados, los obreros al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la Ley.

La consecuencia del principio de la carrera es que el ingreso de los funcionarios públicos y a los cargos de carrera, en principio deben realizarse mediante concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia; los cuales lamentablemente no se han implementado, proliferando los cargos de libre nombramiento y remoción. En cuanto al ascenso, la Constitución también dispone que debe estar sometido a métodos científicos basados en el sistema de méritos, y el traslado, suspensión y retiro debe ser de acuerdo con el desempeño de los funcionarios. La reducción fáctica de los cargos de carrera, en todo caso, hacen inaplicables estas normas.

En cuanto a las remuneraciones, el artículo 147 establece un principio general de disciplina del gasto público, en el sentido de que para la ocupación de cargos públicos de carácter remunerado es necesario que sus respectivos emolumentos estén previstos en el presupuesto correspondiente. Las escalas de salarios en la Administración Pública, dado su carácter estatutario, se deben establecer reglamentariamente conforme a la ley.

La Constitución, por otra parte, recogió el principio que estaba en el artículo 229 de la Constitución de 1961, conforme al cual, el Poder Nacional, por ley orgánica, puede establecer límites razonables a los emolumentos que devenguen los funcionarios públicos tanto municipales y estadales, como nacionales. La materia quedó así consolidada como una competencia del Poder Nacional que corresponde a la Asamblea Nacional (y escapa de la competencia de los Consejos Legislativos)[88], y en ejecución de dicha norma en 2002 se dictó la Ley Orgánica sobre Emolumentos para Altos Funcionarios de los Estados y Municipios[89]. Además, La Constitución previó que la ley nacional también debe establecer el régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos nacionales, estadales y municipales, siguiendo la orientación establecida en la Enmienda Nº 2 de la Constitución de 1961, sancionada en 1983. En esta forma, en cuanto

[86] Véase nuestra propuesta en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente),* Tomo II, *op. cit.* p. 182. Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *El Estatuto del funcionario público en la Ley de Carrera Administrativa,* Caracas, 1971.

[87] En general, sobre el régimen constitucional de los funcionarios públicos, véase Antonio de Pedro Fernández, "Algunas consideraciones sobre la función pública en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela", en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela,* Volumen I, Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 307-342.

[88] Véase sentencia de la Sala Constitucional Nº 2399 de 29-08-03 (Caso: *Interpretación de las normas contenidas en los artículos 4 del Régimen Transitorio de Remuneraciones de los más Altos Funcionarios de los Estados y Municipios, Comisión Legislativa Nacional de 2000).*

[89] *Gaceta Oficial* Nº 37.412 del 26 de marzo de 2002.

al régimen de remuneraciones y pensiones, el Poder Nacional tiene competencias expresas para su regulación respecto de los tres niveles territoriales.

La Constitución estableció, además, algunos principios relativos a incompatibilidades respecto de los funcionarios públicos. Así, conforme al artículo 148, y siguiendo la orientación del artículo 123 de la Constitución de 1961, nadie puede desempeñar a la vez más de un destino público remunerado, a menos que se trata de los cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes que determine la ley. Se eliminó de las excepciones la referencia a los cargos edilicios y electorales que establecía el texto de 1961 (art. 123).

En todo caso, la aceptación de un segundo destino que no sea de los exceptuados, siempre implica la renuncia del primero, salvo cuando se trate de suplentes, mientras no reemplacen definitivamente al principal.

En cuanto a las jubilaciones o pensiones se estableció en la Constitución que nadie puede disfrutar más de una, salvo los casos expresamente determinados en la ley.

El artículo 145 de la Constitución, por otra parte, estableció el principio de que quien esté al servicio de los Municipios, de los Estados, de la República "y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales", no puede celebrar contrato alguno con ellas, ni por sí ni por interpuesta persona, ni en representación de otro, salvo las excepciones que establezca la ley. Se destaca, de esta norma, la referencia a la clasificación de las personas jurídicas en el derecho público, en sus dos vertientes, que hemos propuesto desde hace años: por una parte, las personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado, según la forma de creación; y por la otra, las personas jurídicas estatales y las personas jurídicas no estatales, según su integración o no a la organización general del Estado[90].

XIII. EL URBANISMO, EL MEDIO AMBIENTE Y LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO.

En la Constitución de 1999, también constituye una novedad en cuanto a la regulación de los derechos constitucionales, el conjunto de normas contenidas en el Capítulo relativo a los derechos ambientales[91].

[90] Véase Allan R. Brewer-Carías, "La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido general de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho" en *Revista de la Facultad de Derecho,* Nº 57, UCV, Caracas, 1976, pp. 115 a 135. La distinción se puede apreciar, también, por ejemplo, en el texto del artículo 322.

[91] Véase en general, Fortunato González Cruz, "El ambiente en la nueva Constitución venezolana", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* Tomo III, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 2917-2923; Germán Acedo Payarez, "La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 y los denominados 'Derechos Ambientales", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* Tomo III, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 2925-2978; Alberto Blanco-Uribe Quintero, "La tutela ambiental como derecho-deber del Constituyente. Base constitucional y principios rectores del derecho ambiental", en *Revista de Derecho Constitucional, Nº 6 (enero-diciembre).* Editorial Sherwood, Caracas, 2002, pp. 31-64; Alberto Blanco-Uribe Quintero, "El ciudadano frente a la defensa jurídica del ambiente en Venezuela", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* Tomo III, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 2995-3008; y Véase Luciano Parejo Alfonso, "El derecho al medio ambiente y la actuación de la Administración Pública", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* Tomo III, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 2979-2994.

En el mismo, en el artículo 127, se establece que es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Además, toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. La consecuencia de estos derechos es que el Estado debe proteger el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. Se agrega, además, que es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley. Por último, la Constitución prohíbe además, la patentabilidad del genoma de los seres vivos, remitiéndose a la ley que se refiere a los principios bioéticos la regulación de la materia.

El artículo 156 de la Constitución atribuye como competencia exclusiva del Poder Nacional "las políticas *nacionales* y la legislación en materia... (de) ambiente, aguas... y ordenación del territorio" (ord. 23); y "la legislación sobre ordenación urbanística" (ord. 19). Además, la Constitución atribuye a los Municipios competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de "protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental" (art. 178,4).

En todo caso, la ley fundamental en esta materia la constituye la Ley Orgánica del Ambiente de 1976[92], donde se regulan las actividades susceptibles de contaminar el ambiente y el régimen de autorizaciones administrativas correspondiente. Además, el artículo 178,4 le atribuye en forma exclusiva a los Municipios, en cuanto concierne a la vida local, competencias en materia de "protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental". El artículo 184 de la Constitución, además, confirma la competencia de Estados y Municipios en materia de "servicios ambientales".

Debe indicarse además, que el artículo 129 de la Constitución ha elevado a rango constitucional el requisito que hasta ese momento tenía rango reglamentario, de exigir que todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas, deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y socio cultural. El mismo artículo 129 de la Constitución dispone además que el Estado debe impedir la entrada al país de desechos tóxicos y peligrosos, así como la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas, remitiendo a una ley especial la regulación del uso, manejo, transporte y almacenamiento de las sustancias tóxicas y peligrosas.

Por otra parte, como ya se ha señalado, el mismo artículo 129 de la Constitución establece que en los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que involucren los recursos naturales, se debe considerar incluida aun cuando no estuviera expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en los términos que fije la ley.

En cuanto a la política de ordenación del territorio, el artículo 128 de la Constitución impone al Estado la obligación de desarrollar una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y

[92] Véase la Ley Orgánica del Ambiente en *Gaceta Oficial* Nº 31.004 de 16-06-1976.

participación ciudadana. Una ley orgánica debe desarrollar los principios y criterios para este ordenamiento, con lo que se remite a la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983[93]. Adicionalmente, el artículo 178 le atribuye expresamente a los Municipios competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de "ordenación territorial", y el artículo 184 confirma la competencia de Estados y Municipios en la materia, por ejemplo, al referirse al "mantenimiento de áreas industriales".

En materia de urbanismo, se trata de una materia de la competencia concurrente de las entidades político territoriales, de manera que el artículo 184 de la Constitución, atribuye competencia tanto a los Estados como a los Municipios en materia de "mantenimiento y conservación de áreas urbanas". Además, el Poder Nacional tiene competencia exclusiva para el establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y de urbanismo y la legislación sobre ordenación urbanística, (art. 156,19). Adicionalmente el Poder Municipal tiene competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de ordenación urbanística, parques, jardines, plazas, balnearios, otros sitios de recreación, arquitectura civil, nomenclatura y ornato público (art. 178,1). Se trata, por tanto, de una materia de la competencia concurrente entre el Poder Nacional, el Poder Estadal y el Poder Municipal, que ha sido regulada detalladamente en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987[94], en la cual además del sistema de planes, se establece el marco regulatorio del control urbanístico que ejercen las autoridades locales mediante el otorgamiento de las constancias de variables urbanas fundamentales, tanto para las urbanizaciones como para las edificaciones.

XIV. LOS BIENES PÚBLICOS

La Constitución de 1999, por primera vez en el constitucionalismo venezolano, declaró como del dominio público una serie de bienes, régimen que, con anterioridad, sólo estaba regulado en el Código Civil y, más, recientemente en algunas leyes especiales.

En esta forma, la Constitución declara como bienes del dominio público a los yacimientos mineros y de hidrocarburos (Art.12), pero con anterioridad a esta constitucionalización, ya la Ley de Minas de 1999 lo había establecido (art.2), así como la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos de 1999 (art. 1). La Constitución, por otra parte, también declara que "las costas marinas son bienes del dominio público" (art. 12); lo cual se ha complementado en la Ley de Conservación y Saneamiento de Playas de 2000 (art. 2). Por otra parte, en cuanto a las aguas, el artículo 304 de la Constitución establece que "Todas las aguas son del dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo...".

Además, otras normas constitucionales también regulan bienes del dominio público, aun cuando sin utilizar este calificativo jurídico: se trata, por ejemplo de las "armas de guerra" respecto de las cuales el artículo 324 declara que sólo el Estado puede poseerlas y usarlas, de manera que "todas las que existan, se fabriquen o se introduzcan en el país *pasarán a ser propiedad* de la

[93] *Gaceta Oficial* N° Extra. 3.238 de 11-08-1983. Véase además, Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*, Caracas, 1983.

[94] *Gaceta Oficial* N° 33.868 de 16-12-1987. Véase además, Allan R. Brewer-Carías et al, *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988.

República sin indemnización ni proceso" (art. 324). Por otra parte, el artículo 303 de la Constitución dispone que "por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado *conservará* la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A., o del ente creado para el manejo de la industria petrolera", lo que implica una declaratoria indirecta de dominio público de dichas acciones societarias, que son inalienables.

Ahora bien, la declaratoria de todos estos bienes como del dominio público en la propia la Constitución, implica limitaciones a la potestad contractual de los entes públicos, particularmente por la inalienabilidad de los mismos, lo que implica la prohibición de cualquier contrato de interés público que pueda significar la enajenación de estos bienes.

Sin embargo, la propia Constitución prevé el régimen de concesiones para la explotación de los bienes que sean "recursos naturales propiedad de la Nación", las cuales pueden ser otorgadas con exclusividad o sin ella, por tiempo determinado, y asegurando, siempre, la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público" (art. 113). En cuanto a las concesiones mineras, en particular, se dispone en el artículo 156,16 de la Constitución que "el Ejecutivo Nacional no podrá otorgar concesiones mineras por tiempo indefinido"[95].

Aparte de estas disposiciones constitucionales, por supuesto, los bienes del dominio p'ublico se han definido tradicionalmente en el Código Civil conforme al criterio de la afectación al uso público, como las vías públicas, los ríos, los lagos, el mar y las plazas y fuertes de guerra (Art. 534).

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 542 del Código Civil se consideran como tierras baldías los bienes inmuebles que no tengan dueño, los cuales se configuran como parte del dominio privado de los Estados de la Federación. Por ello, el artículo 164,5 de la Constitución ahora le atribuye a los Estados la administración de las tierras baldías, aún cuando "el régimen" de las mismas debe ser establecido por ley nacional (art. 156,16).

Como bienes del dominio privado de los Estados, las tierras baldías pueden ser objeto de contratación, en el sentido de que por ejemplo, pueden ser enajenadas o arrendadas, con una sola excepción que establece la Constitución y es en relación con las tierras baldías existentes en las dependencias federales y en las islas fluviales o lacustres las cuales "no podrán enajenarse y su aprovechamiento sólo podrá concederse en forma que no implique, directa ni indirectamente, la transferencia de la propiedad de la tierra" (art. 13). Las "dependencias federales" a que alude esta norma son las islas marítimas no integradas en el territorio de un Estado de la federación, así como las islas que se formen o aparezcan en el mar territorial o en el que cubra la plataforma continental (art. 7 y 11).

Entre los bienes inmuebles de los Municipios, la Constitución define a los ejidos, presumiendo, además, que son tales, "los terrenos situados dentro del área urbana de las poblaciones del Municipio, carentes de dueño, sin menoscabo de legítimos derechos de terceros, válidamente constituidos" (art. 181). Los ejidos, a pesar de que conforme al artículo 181 de la Constitución "son inalienables e imprescriptibles"; la misma norma agrega que "sólo podrán enajenarse previo el cumplimiento de las formalidades previstas en las ordenanzas municipales y en los supuestos que las mismas señalen".

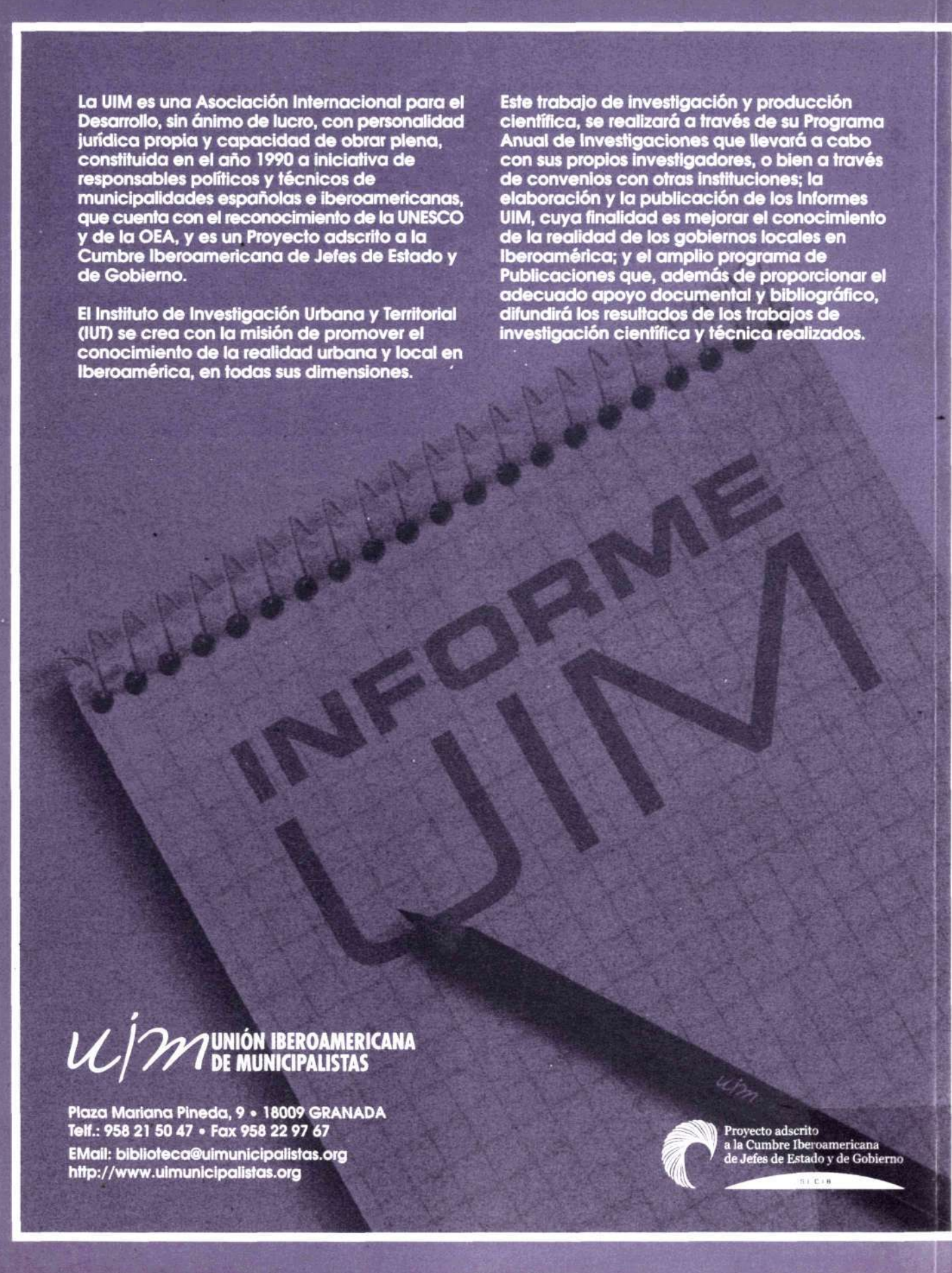
[95] Véase Allan R. Brewer-Carías, "Prologo" sobre "El régimen constitucional aplicable a las concesiones de obras y servicios públicos", en Alfredo Romero Mendoza (Coordinador) et al., *Régimen Legal de las Concesiones Públicas*, Caracas 2000, pp. 9 a 16.

En relación con los baldíos y ejidos, por supuesto, también se aplica el régimen de concesiones antes indicado, conforme al mencionado artículo 113 de la Constitución.

La UIM es una Asociación Internacional para el Desarrollo, sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica propia y capacidad de obrar plena, constituida en el año 1990 a iniciativa de responsables políticos y técnicos de municipalidades españolas e iberoamericanas, que cuenta con el reconocimiento de la UNESCO y de la OEA, y es un Proyecto adscrito a la Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno.

El Instituto de Investigación Urbana y Territorial (IUT) se crea con la misión de promover el conocimiento de la realidad urbana y local en Iberoamérica, en todas sus dimensiones.

Este trabajo de investigación y producción científica, se realizará a través de su Programa Anual de Investigaciones que llevará a cabo con sus propios investigadores, o bien a través de convenios con otras instituciones; la elaboración y la publicación de los Informes UIM, cuya finalidad es mejorar el conocimiento de la realidad de los gobiernos locales en Iberoamérica; y el amplio programa de Publicaciones que, además de proporcionar el adecuado apoyo documental y bibliográfico, difundirá los resultados de los trabajos de investigación científica y técnica realizados.



uim UNIÓN IBEROAMERICANA DE MUNICIPALISTAS

Plaza Mariana Pineda, 9 • 18009 GRANADA
Telf.: 958 21 50 47 • Fax 958 22 97 67
EMail: biblioteca@uimunicipalistas.org
http://www.uimunicipalistas.org

Proyecto adscrito
a la Cumbre Iberoamericana
de Jefes de Estado y de Gobierno